

Eurooppalaistuvan oikeuden oikeusteoreettisia ongelmia

Niilo Jääskinen

Esitetään Helsingin yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan suostumuksella julkisesti tarkastettavaksi Porthanian salissa PIII torstaina 4. syyskuuta 2008 klo 12.00.

ISBN 978-952-92-4091-3 (nid.)
ISBN 978-952-10-4763-3 (PDF)

Yliopistopaino
Helsinki 2008

Esipuhe

Suomen EU-jäsenyysneuvottelujen kuuluisan maraton-istunnon aikana helmikuun ja maaliskuun taitteessa 1994 istuskeli unionin neuvoston pääsihteeristön *Charlemagne*-rakennuksen ylimmän kerroksen kahviossa satakunta eurokraattia ja hakijavaltioiden virkamiestä. He odottelivat aamuyöllä, että jotakin tapahtuisi tai että joku olisi kiinnostunut heistä. Yhdessä nurkassa joukko neuvotteluihin osallistuvia juristeja, minä muiden mukana, innostui pohtimaan, mistä Euroopan yhdentymisessä oikeastaan on kysymys oikeuden näkökulmasta. Tuolloin jo yli neljäkymmentä tuntia yhteenmenoon valvoneet miehet kaivoivat muistiensa kätkeistä esiin sellaisia nimiä kuin Kelsen ja Hart ja sellaisia käsitteitä kuin *Grundnorm* ja *rule of recognition*. Puutarhakasvien suojatoimenpiteiden ja kansallisen tuen leveyspiirirajojen parissa askarrelleet aivot lepäsivät pohdittaessa roomalaisen oikeuden luomaa yhteistä oikeuskulttuuria sekä unionin eroja ja yhtäläisyyksiä suhteessa Yhdysvaltojen kaltaisiin liittovaltioihin. Tuosta yöstä jäi mieleeni kipinä yrittää jossakin yhteydessä selvittää kahden nuoruuden harrastukseni – oikeusteorian ja eurooppaoikeuden – välisiä yhteyksiä.

Professori *Kaarlo Tuorin* rohkaisemana olen vihdoin toteuttanut tuon ajatukseni nyt esitettävällä väitöskirjatutkimuksella, jonka muodostavat yhdeksän pitkähkön ajanjakson kuluessa julkaistua artikkelia sekä niiden käsittelemiä teemoja abstraktimmalla oikeusteoreettisella tasolla rekonstruoiva yhteenvedo-osa. Professori Tuori on myös toiminut tutkimukseni ohjaajana. Mahdollisuus osallistua hänen johtamansa huippuyksikön puitteissa projektin *Rethinking European Legal Thinking* työskentelyyn on samaten ollut sekä hyödyllistä että innostavaa. Professorit *Olli Mäenpää* ja *Juha Raitio* ovat toimineet väitöskirjani esitarkastajina ja professori *Tuomas Ojanen* toimii sen vastaväittäjänä. Tahdon esittää lämpimän kiitokseni työnohjaajalle, esitarkastajille, vastaväittäjälle sekä ketään unohtamatta kaikille ”huipparin” jäsenille.

Nyt esitettävä työ tukeutuu jossain määrin oikeusteoreettisten väitöskirjasuunnitelmieni yhteydessä 1980-luvulla harrastamiini käsitteellisiin pohdiskeluihin. Kun nyt palaan kypsässä keski-ikässä oikeusteorian pariin, koen velvollisuudekseni tunnustaa intellektuaalisen velkani opettajilleni professoreille *Kaarle Makkonen* ja *Aulis Aarnio*. Makkonen, jota kiitokseni ei enää tavoita, ja Aarnio ovat jälkikäteen asiaa tarkastellen jättäneet ajatteluuni paljon syvemmän jäljen kuin nuoruuden innossani olin valmis huomaamaan. Tällä työllä lunastan myös sen lupaukseni väitellä oikeusteoriasta, jonka annoin oikeustieteen lisensiaatti *Juha Pöyhöselle*, nykyisin professori Juha Karhu, vuonna 1983. Väitöskirjan valmistuessa on myös syytä erikseen kiittää professori *Urpo Kangasta* kuluneet vuosikymmenet kestäneestä patistamisesta väitöskirjan laatimiseen sekä yhtä pitkää ystävyystä ja myötäelämisestä.

Eurooppaoikeudellista harrastustani on vuosien mittaan helpottanut se aulius, jota *Martti Tanskanen* eduskunnan kirjastosta ja *Satu-Maarit Tarkkanen* korkeimman hallinto-oikeuden kirjastosta ovat osoittaneet mitä erilaisimpia materiaalitoiveitani ja avunpyyntöjäni kohtaan. Tutkimuksen teknisessä viimeistelyssä olen saanut korvaamatonta apua filosofian maisteri

Liisa Holopaiselta Kansainvälisen talousoikeuden instituutista. Suurkiitokset saamastani avusta.

Olen myös suunnattomasti hyötynyt siitä eurooppaoikeuteen liittyneestä yhteistyöstä, jota olen urani aikana voinut harjoittaa samoista asioista kiinnostuneiden kollegojeni kanssa ulkoasiainministeriössä, oikeusministeriössä, eduskunnassa ja korkeimmassa hallinto-oikeudessa. Muita unohtamatta tahdon tässä yhteydessä erityisesti kiitollisuudella mainita suurlähettiläs *Antti Satulin* ja hallintoneuvos *Heikki Karapuun*, joita kiitokseni ei enää tavoita, sekä presidentti *Leif Sevónin* ja hallintoneuvos *Heikki Kannisen*. Työnantajani korkein hallinto-oikeus ja sen presidentti *Pekka Hallberg* ovat tutkimustyöni viime vaiheessa osoittaneet lämmintä tukea ja ymmärtämystä hankkeelleni.

Lopuksi haluaisin kiittää esimerkistä, kiinnostuksesta ja tuesta vanhempiani *Aune* ja *Matti Jääskistä*. Myös jo aikuistuneet poikani *Väinö*, *Joona* ja *Elias* ovat vuosien kuluessa seuranneet erinäisiä kirjoitusprojektejani kannustavasti, joskin terveellä ihmetyksellä. Puolisoni *Hanna Jääskisen* tuntema skeptisyys väitöskirjahankkeita kohtaan yleensä ja oikeustiedettä kohtaan erikseen on auttanut pitämään tämänkin projektin kohtuullisissa mittasuhteissa ja näkemään sen oikean paikan elämämme kokonaisuudessa. Yhteisistä vuosistamme kiittäen omistan tämän teoksen hänelle.

Mäntyharjun Kalliolassa 14. päivänä kesäkuuta 2008.

Niilo Jääskinen

Abstract

The Europeanization of Law – Jurisprudential Problems

The present study's point of departure is to use the evolution of EU Law as a huge societal experience providing us with insight that enables us to test the tenability of the basic theoretical constructions of analytical legal positivism. The thesis consists of a collection of articles and a summary. The summary forms, at an abstract legal-theoretical level, a rational reconstruction of the themes discussed in the articles. The articles have been published in Swedish, Finnish and English.

The articles can be divided into three groups. Articles 1 a – 4 describe the process of the Europeanization of Finnish (Nordic) law as changes in the system of legal sources and the institutions. Article 5 on the nature of the EU constitution was written before the Convention started its proceedings on the Constitutional Treaty. In the article, a distinction is made between an institutional and a statist interpretation of the structural concepts describing polities. The constitutionalization of the EU is then analysed first from an institutional perspective where no assumptions concerning the nature of the EU polity are made, and then from a statist perspective where there would have been taken a decision to transform the EU into a European federal state with its own statehood under international law.

Articles 6 – 8 address more foundational issues of European law. Article 6 discusses the role of Juha Karhu's "super norms", i.e. systems of legal norms above/underpinning ordinary positive law that cannot be changed in normal legislative procedures, and their relation to democracy. For the sake of argument, as the discussed super norm was chosen, the system of fundamental rights. Article 7 pleads for a (temporary) recourse to some form of analytical positivism in order to avoid the essentialism that reigns in EU legal studies, and in fact entails that national conceptual-systemic baggage be brought to the EU-level legal discourses. Article 8 tries to answer the plea of article 7 by analysing the concept of direct effect as transformation of the *Hohfeldian* positions (entitlements/burdens) of private/public parties in their various binary EU law relations.

The summary first updates the articles, especially article 5, in relation to the Constitutional Treaty and the Lisbon Treaty. Secondly, the summary provides a rational "legal-theoretical" reconstruction of the themes addressed in the articles. This reconstruction is based on an orthodox understanding of EU law as an autonomous legal order that is valid as applicable binding law in the Member States but retains its independent character as EU law and is not merged into national law. This entails that Europeanization leads to an asymmetric view of valid law: for national judges valid law is a combination of national and European law; for EU judges, valid law is only EU law.

In the summary, the different interpretations that can be given to the concept of Europeanization of law are analysed on the basis of a conceptual framework that makes a distinction between propositional/behavioural and concrete/abstract aspects of law. The framework is inspired by J.W.Harris's distinction between momentary and non-momentary legal systems and Kaarlo Tuori's three-level model of law. This leads to a conceptual stipulation that distinguishes between the legal order (concrete/propositional), juridical practices (concrete/behavioural), the legal system (abstract/propositional) and legal culture (abstract/behavioural).

In the context of the legal order the issues discussed include the ultimate rules (*Grundnorm*, *Rule of Recognition*) that form the foundations of legal order and the representation of Europeanized law as contextual fields of consistent normative meaning based on both national and European sources. The discussion of the Europeanization of juridical practices addresses such questions as the penetration of European law into national legislation and adjudication. Concerning Europeanization of the legal system the discussion takes up such themes as conceptual divergence between EU law and national law, fragmentation of national law, the meta-constitutional paradox in the EU and the relation between European democracy and EU law. Finally, the chapter on legal culture proposes a hermeneutic understanding of the concept of legal culture as unarticulated *Vorverständnis*, and links the discussion of the approximation of legal cultures in the EU to Aulis Aarnio's theory of legal audiences.

Sisällysluettelo

Esipuhe.....	3
Abstract	5
Lähteet.....	10
Artikkeliosan kirjoitukset.....	10
Lähdekirjallisuus	11
Tutkimushankkeen kuvaus	23
1. Johdanto	23
1.1. Tutkimushankkeen tavoitteet	23
1.2. Artikkelien kuvaus	25
1.3. Yhteenveto-osan rakenne.....	30
1.4. Tutkimuksen metodista ja lähtökohdista	31
1.5. Oikeuden eurooppalaistumisen merkitysvaihtoehtoista	35
Tutkimusartikkelien yhteenveto	39
2. Suomen oikeuden eurooppalaistumisesta.....	39
2.1. Oikeuden eurooppalaistumisen kolme aaltoa.....	39
2.2. Lainsäädännön eurooppalaistuminen	42
2.2.1. Sääntelyn eurooppalaistuminen	42
2.2.2. Eurooppalaistumisen vaikutukset lainvalmisteluun ja lainsäädäntöön.....	45
2.3. Eurooppaoikeus lainkäytössä.....	49
2.3.1. Eurooppaoikeuden omaksumisesta.....	49
2.3.2. Eurooppaoikeuden vaikutus lainkäytön menetelmiin.....	52
2.4. Eurooppalaistuminen oikeusjärjestyksen avautumisena	53
3. EU:n perustuslaillistuminen – nec plus ultra?	57
3.1. EU:n perustuslaillistumiskehityksestä	57
3.2. EU:n perustuslakisopimuksen valmistelu.....	58
3.3. Perustuslakisopimuksen ja Lissabonin sopimuksen vertailua	60
3.4. Unionin perustuslaillistumiskehitys perustuslakisopimuksen ja Lissabonin sopimuksen valossa.....	61
3.4.1. Konstituition kodifiointi	62
3.4.2. Unionirakenteiden konsolidointi.....	65

3.4.3. Unionin ulkoisen identiteetin vahvistaminen.....	66
3.4.4. Federatiivinen balanssi.....	67
3.4.5. Toimivaltuusluettelo sekä toissijaisuusperiaatteen ja toimivaltojen valvonta	67
3.4.6. Perusoikeusjärjestelmä.....	69
3.4.7. Kansanvaltaisuus	73
3.4.8. Perustuslakia säätävä valta	76
3.5. Euroopan liittovaltion tämänkertainen epäonnistuminen.....	79
4. Demokratia ja käsiteanalyysi – kohti oikeuden fundamentteja	82
4.1. Oikeusajattelun ja arvostusten välisen suhteen kehitys artikkelien 6 - 8 taustaongelmana.....	82
4.2. Koukkaus perusoikeuksien kautta.....	85
4.3. EU ja analyysi.....	90
Oikeusteoreettinen analyysi	93
5. Oikeus normien, oikeuslähteiden ja oikeuskäsitteiden järjestelmänä.....	93
5.1. Passerelle oikeusteoriaan	93
5.2. Oikeuspositivismi analyysin lähtökohtana.....	93
5.3. Normit oikeusjärjestyksen elementteinä.....	99
5.4. Oikeusjärjestyksen muodollisesta rakenteesta	102
5.5. Oikeuden muista elementeistä.....	111
5.6. Oikeuden representaatiot	114
6. Eurooppalaistuvan oikeusjärjestyksen äärinormit	117
6.1. Äärimmäisen äärellä.....	117
6.1.1. Äärinormeista	117
6.1.2. Perusnormi perspektiivinä.....	119
6.1.3. Tunnistamissääntöjen pluralismi	134
6.1.4. Yhteisön oikeus itsensä pätevoittävänä autonomisena oikeusjärjestyksenä	138
6.2. Oikeusjärjestyksen eurooppalaistumisen käsitteellinen rekonstruktio.....	143
6.2.1. Äärinormeista kontekstuaaliseen oikeusjärjestykseen.....	143
6.2.2. Epätarkkuusperiaate ja kontekstuaalinen oikeusjärjestys	146
6.2.3. Oikeusjärjestyksen eurooppalaistuminen integroituneina kontekstuaalisina oikeusjärjestyksinä	151
7. Juridiikan eurooppalaistuminen – kohti sisäistä näkökulmaa?	159
7.1. Juridiikan eurooppalaistumisesta	159
7.2. Sisäinen näkökulma – käsitteellisiä erittelyjä	160
7.3. Juridiikan perusoletuksen normatiivinen status.....	165
7.4. Eurooppalaistuneen oikeusjärjestyksen olemassaolosta	167

8. Eurooppalaistuva oikeusjärjestelmä.....	173
8.1. Eurooppaoikeus oikeusjärjestelmänä	173
8.2. Oikeusjärjestelmän käsitteellisiä ominaisuuksia	179
8.3. Oikeusjärjestelmän eurooppalaistuminen ja käsitteellinen divergenssi	187
8.4. Koherenssin ja fragmentaation dialektiikka.....	193
8.5. Euroopan metakonstitutionaalinen paradoksi	203
8.6. Demokratia ja oikeusjärjestelmän eurooppalaistuminen	209
9. Oikeuskulttuurin eurooppalaistumisesta	216

Lähteet

Artikkeliosan kirjoitukset

1 a. EG-rättens inverkan på lagstiftningsmetodik och rättstillämpning i Norden. Teoksessa *Forhandlingerne ved Det 33. nordiske Juristmøde i København 18.-20.august 1993*, Bind II, 564–583. (Jääskinen 1993)

1 b. Vad pratar vi om när vi pratar om lagstiftningens kvalitetsproblem i EU-sammanhang? *Svensk Juristtidning* 2003/4, 444–448. (Jääskinen 2003)

2. The Application of Community Law in Finland: 1995–1998. 36 *Common Market Law Review* 1999, 407–441. (Jääskinen 1999)

3. Kolme aaltoa–miten Suomen oikeusjärjestys eurooppalaistui? *Defensor Legis* 4/2001, 603–619. (Jääskinen 2001b)

4. Internationella normer i Nordisk rätt. *Europarättslig Tidskrift* 2/2005, 520–531. (Jääskinen 2005)

5. Euroopan unionin konstituutio–perussopimus vai perustuslaki? *Oikeustiede–Jurisprudentia XXXIV*, 2001, 67–153. (Jääskinen 2001a)

6. Demokratia vai perusoikeudet? Teoksessa *Juhlajulkaisu Pekka Hallberg 1944–12/6–2004. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja C-sarja N:o 35*, Jyväskylä 2004, 101–118. (Jääskinen 2004)

7. Back to the *Begriffshimmel*? – A plea for an analytical perspective in European Law. Teoksessa *S.Prechal–B.van Roermund [toim.], The Coherence of EU Law. The Search of Unity in Divergent Concepts*. Oxford University Press, 2008, 451–461. (Jääskinen 2008 a)

8. EU ja Hohfeld. Teoksessa *Heikki Kanninen, Hannu Koskinen, Allan Rosas, Maija Sakslin ja Kaarlo Tuori [toim.]: Puhuri käy. Muuttuva suomalainen ja eurooppalainen valtiosääntömme*, Heikki Karapuu 30.12.1944 – 15.6.2006, Edita, 2008 (ilmestyy kesällä 2008). (Jääskinen 2008 b)

Lähdekirjallisuus

Aarnio, Aulis: *The Rational as Reasonable. A Treatise on Legal Justification*. D.Reidel Publishing Company, 1987.

Alber, Siegbert: Freier Dienstleistungsverkehr auch für Glücksspiele? Zur Rechtsprechung des EuGH zum Glücksspielbereich. *ERA Forum Scripta Iuris Europeaei* 2007, 321–356.

Albi, Anneli ja Van Elsuwege, Peter: The EU Constitution, national constitutions and sovereignty: an assessment of a "European constitutional order". *European Law Review* 2004, 741–765.

Alter, Karen J.: *Establishing the Supremacy of European Law. The Making of an International Rule of Law in Europe*. Oxford University Press, 2001.

Alexy, Robert: *The Argument from Injustice. A Reply to Legal Positivism*. Clarendon Press, 2002.

Bańkowski, Zenon ja Christodoulidis, Emilios: The European Union as an Essentially Contested Project. Teoksessa Bąkowski, Zenon ja Scott, Andrew [toim.], *The European Union and Its Order. The Legal Theory of European Integration*. Blackwell, 2000, 17–30.

Barents, René: *The Autonomy of Community Law*. Kluwer Law International, 2004.

Bengoetxea, Joxerramon: Institutions, Legal Theory and EC Law. *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie* 1991, 195–213.

Bengoetxea, Joxerramon: *The Legal reasoning of the European Court of Justice*, Clarendon Press, 1993.

Bengoetxea, Joxerramon: Legal System as a Regulative Ideal. *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie Beiheft* 53, *Praktische Vernunft und Rechtsanwendung* 1994, 65–80.

Berniz, Ulf: *Sverige och europarätten*. Norstedts juridik, 2002.

Bieber, Roland: Les limites matérielles et formelles à la révision des traités établissant la Communauté européenne. *Revue du Marché commun et de l'Union européenne* 1993, 343–350.

Bindreiter, Uta: *Why Grundnorm? A Treatise on the Implications of Kelsen's Doctrine* (Law and Philosophy Library). Kluwer Law International, 2002

Björne, Lars: *Rättsystemets utveckling*. Publikationer utgivna av juridiska fakulteten vid Helsingfors Universitet, 2003.

Bruun, Niklas: EG-rätten, den tredje vågen och dyningarna i HD. *Juridiska Föreningens Tidsskrift* 2001, 543–562.

Brusiin, Otto: Tuomarin harkinta normin puuttuessa. Suomalainen Lakimiesten yhdistys, 1938.

Buckel, S., Christensen, R. ja Fischer-Lescano, A. [toim.] *Neue Theorien des Rechts*. Lucius&Lucius, 2006.

Chaltiel, Florence: Les rapports de système entre le droit constitutionnel et le droit européen. Développements récents. *Revue du Marché commun et de l'Union européenne* 2007, 361–372.

Closa, Carlos: Constitution and Democracy in the Treaty establishing a Constitution for Europe *European Public Law* 2005, 145 – 164.

Constitution européenne. Comparison avec les traités en vigueur, Service des Affaires européennes du Sénat français, Décembre 2004, 2^e édition.

Cousins, Mel: Patient Mobility and National Health Systems. *Legal Issues of Economic Integration* 2007, 183–193.

Cruz Vilaça, José Luís–Piçarra, Nuno: Y a-t-il des limites matérielles à la révision des traités instituant les communautés européennes? *Cahiers de droit européen* 1993, 3–37.

Dahl, Børge: Har det nordiske lovsamarbejde udspillet sin rolle? Det 37. nordiske Juristmøde i Reykjavik 18. – 20. august 2005, 155-173, <http://www.congress.is/njm2005/>, käyntipäivä 10.6.2008.

Delacroix, Sylvie: *Legal Norms and Normativity. An Essay in Genealogy*. Hart Publishing, 2006.

Dicey, A.V.: *Lectures on the Relation between Law & Public Opinion in England during the Nineteenth Century*. Macmillan and Co, 1905.

Dowrick, F.E.: A Model of the European Communities Legal System. *Yearbook of European Law* Vol 3, 1983. Clarendon Press, 1994, 169–237.

Duhamel, Olivier: Convention versus IGC. *European Public Law* 2005, 55–62.

Dworkin, Ronald: *Justice in Robes*. The Belknap Press of Harvard University Press, 2006. (Dworkin, Justice)

Dworkin, Ronald: Is Democracy Possible Here? Principles for a New Political debate. Princeton University Press, 2006. (Dworkin, Democracy)

Dyzenhaus, David: Legality and Legitimacy. Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar. Clarendon Press, 1997.

Eckhoff, Torstein–Sundby, Nils Kristian: Rettssystemer. Systemteoretisk inføring i rettsfilosofien. 2. utgave, Tano 1991.

Eleftheriadis, Pavlos: Begging the Constitutional Question. *Journal of Common Market Studies* 1998, 255–272.

Eleftheriadis, Pavlos: Book review (ks. Barents). 29 *European Law Review* 2004, 865–868.

Elster, Jon: Ulysses Unbound. Studies in Rationality, Precommitment, and Constraints. Cambridge University Press, 2000.

Fenger, Niels: Forvaltning & Fællesskab. Om EU-rettens betydning for den almindelige forvaltningsret: Konfrontation og frugtbar sameksistens. Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2004.

Finnis, John: Revolutions and Continuity in Law. Teoksessa A.W.B.Simpson [toim.]: Oxford Essays in Jurisprudence (Second Series). Clarendon Press 1973, 44–76.

Gerkrath, Jörg: L'Émergence d'un droit constitutionnel pour l'Europe. Modes de formation et sources d'inspiration de la constitution des communautés et de l'Union européenne. Éditions de l'Université de Bruxelles, 1997.

Glenn, H. Patrick: Legal Cultures and Legal Traditions. Teoksessa Mark Van Hoecke [toim.]: Epistemology and Methodology of Comparative Law. Hart Publishing, 2004, 7–20.

Graetz, Michael–Warre, Alvin C.: Dividend Taxation in Europe: When the ECJ makes Tax Policy. *Common Market Law Review* 2007, 1577–1623.

Graziadei, Michele: Rights in the European Landscape: A Historical and Comparative Profile. Teoksessa S.Prechal ja B.van Roermund [toim.]: The Coherence of EU Law. The Search of Unity in Divergent Concepts. Oxford University Press, 63–90.

Grussmann, Wolf-Dietrich: Grundnorm und Supranationalität–Rechtsstrukturelle Sichtweisen der europäischen Integration. Teoksessa van Danwitz, T., Heintzen, M., Jestaedt, M., Koriath, S. ja Reinhardt, M. [toim.]: Auf dem Wege zu einer Europäischen Staatlichkeit. Richard Boorberg Verlag, 1993, 47–64.

Habermas, Jürgen: Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats. Suhrkamp, 1998.

Habermas, Jürgen: Braucht Europa eine Verfassung?, Zeit der Übergänge. Kleine Politische Schriften IX. Suhrkamp, 2001, 104–129.

Halberstam, Daniel: The bride of Messina: constitutionalism and democracy in Europe. *European Law Review* 2005, 775 – 801.

Hallituksen esitys Eduskunnalle Euroopan perustuslaista tehdyn sopimuksen hyväksymisestä ja laiksi sen lainsäädännön alaan kuuluvien määräysten voimaansaattamisesta. HE 67/2006.

Hallituksen esitys Eduskunnalle Euroopan unionista tehdyn sopimuksen ja Euroopan yhteisöjen perustamissopimuksen muuttamisesta tehdyn Lissabonin sopimuksen hyväksymisestä ja laiksi sen lainsäädännön alaan kuuluvien määräysten voimaansaattamisesta. HE 23/2008.

Halpin, Andrew: Rights and Law – Analysis and Theory. Hart Publishing, 1997.

Halter, Ulrich: Pathos and Patina. The Failure and Promise of Constitutionalism in the European Integration. *European Law Journal* 2003, 14–44.

Harris, J.W.: Law and Legal Science. An Inquiry into the Concepts *Legal Rule* and *Legal System*. Clarendon Press, 1979.

Hart, H.L.A.: The Concept of Law. Second Edition, Oxford University Press, 1994/1997.

Hartley, Trevor C.: Constitutional Problems of the European Union. Hart Publishing, 1999.

Hatzopoulos, Vassilis G.: *Killing* National Health and Insurance Systems but *Healing* Patients? The European Market for Health Care Services after the Judgments of the ECJ in *Vanbaraeckel* and *Peerbooms*. *Common Market Law Review* 2002, 683–729.

Hayek, F.A.: Law, Legislation and Liberty. A new statement of the liberal principles of justice and political economy. Routledge & Kegan Paul, 1982.

Heikkilä, Satu: Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen tuomioiden täytäntöönpanon valvonta. *Lakimies* 1/2008, 63–83.

Helgeland, Hans: EG-rättens genomslag i svenska lagar och förordningar. *Europarättslig Tidskrift* 2005/2, 398–399.

Holmes, Stephen: Precommitment and the paradox of democracy. Teoksessa Elster, J. ja Slagstad, R. [toim.]: Constitutionalism and Democracy. Studies in Rationality and Social Change. Cambridge University Press, 1988/2003, 195–240.

IGC 2007 Mandate. Council of the European Union 26 June 2007 11218/07 EN.

Isaac, Guy–Blanquet, Marc: *Droit général de l’Union européenne*. 9^e édition, Sirey, 2006.

Jans, J.H., de Lange, R., Prechal, S. ja Widdershoven, R.J.G.M. [toim.]: *Europeanisation of Public Law*. Europa Law Publishing, 2007.

Jans, J. H., Mortelmas, K.J.M., van Ooik, R.H., ja Prechal, S. [toim.]: *Europeanisation’ of the Law; Consequences for the Dutch Judiciary*. Raad voor de Rechtspraak Research Memoranda, Vol. 1, No. 2, 2005, <http://ssrn.com/abstract=962091>, käyntipäivä 10.6.2008.

Jones, Mark L.: *The Legal Nature of the European Community. A Jurisprudential analysis using H.L.A.Hart’s Model of Law and a Legal System*. *Cornell International Law Journal* Vol 17, 1984, 1–59.

Jääskinen, Niilo: Historiallisen koulun oikeustiedekäsitys: tutkimus positivistisen oikeustiedekäsityksen kiteytymisestä. Oikeustieteellisen tutkimuksen tutkimus N:o 5 (Suomen Akatemia). Helsingin yliopiston yksityisoikeuden laitoksen julkaisuja 1983.

Jääskinen, Niilo: EEC ja ulkomaalaiset yritykset: Euroopan talousyhteisön kilpailunrajoitus-oikeuden soveltaminen ulkomaalaisiin yrityksiin. *Yritysjuridiikka* 5. Suomen lakimiesliiton kustannus, 1984.

Jääskinen, Niilo: EY-jäsenyyden vaikutus eduskunnan valtaan. *Politiikka* (34) 1992:3, 271–279

Jääskinen, Niilo: *Adaptation to European Legislation. General Observations and Finnish Experiences*. Ministry for Foreign Affairs of Finland, 1997.

Jääskinen, Niilo: Eduskunta–aktiivinen sopeutuja. Teoksessa Raunio, T. ja Wiberg, M. [toim.]: *EU ja Suomi: unionijäsenyyden vaikutukset suomalaiseen yhteiskuntaan*. Edita, 2000, 114–134.

Jääskinen, Niilo: *Euroopan unioni–Oikeudelliset perusteet*. Talentum, 2007.

Kanninen, Heikki: EY-oikeuden soveltamisesta korkeimmassa hallinto-oikeudessa. Eräitä kokoavia havaintoja kymmenen vuoden soveltamiskäytännön jälkeen. *Lakimies* 7–8/2003, 1253–1272.

Kelsen, Hans: *General Theory of Law and State*. Harvard University Press, 1946. (Kelsen, GLS)

Kelsen, Hans: *Reine Rechtslehre*. Zweite, vollständig neu bearbeitete und erweiterte Auflage 1960, Nachdruck 2000, Verlag Österreich. (Kelsen, RR)

Kramer, Matthew, H.: In Defence of Legal Positivism. Law without Trimmings. Oxford University Press, 1999/2003.

Kramer, Matthew, H.: Where Law and Morality Meet. Oxford University Press, 2004.

Kronenberger, Matthias: Theorien der radikalen Fragmentierung: Ladeur/Lyotard/Weber. Teoksessa Buckel, S., Christensen, R., ja Fischer-Lescano, A. [toim.]: Neue Theorien des Rechts. Lucius&Lucius, 2006, 215–237.

Kumm, Mattias: The Jurisprudence of Constitutional Conflict: Constitutional Supremacy in Europe before and after the Constitutional Treaty. *European Law Journal* 2005, 262–307.

Künnecke, Martina: Divergence and the *Francovich* Remedy in German and English Courts. Teoksessa S.Prechal ja B.van Roermund [toim.]: The Coherence of EU Law. The Search of Unity in Divergent Concepts. Oxford University Press, 2008, 233–253.

Körner, Stephan: Experience and Conduct. A Philosophical Enquiry into Practical Thinking. Cambridge University Press, 1980.

La Torre, Massimo: Legal Pluralism as an Evolutionary Achievement of Community Law. Teoksessa Snyder, F. [toim.]: The Europeanisation of Law. The Legal Effects of European Integration. Hart Publishing, 2000, 125–138.

Lein, Eva: *Quo vadis* Luxemburg? Die europäische Rechtsprechung zum Glückspielrecht. *ERA Forum Scripta Iuris Europeaei* 2007, 373–403.

Lenaert, Koen ja Corthaut, Tim: Towards an Internally Consistent Doctrine on Invoking Norms of EU Law. Teoksessa S.Prechal ja B.van Roermund [toim.]: The Coherence of EU Law. The Search of Unity in Divergent Concepts. Oxford University Press, 2008, 495–515.

Lainlaatijan EU-opas. Kansallisten säädösten valmistelua koskeva opas. Oikeusministeriö, 1997.

Liukko, Arno: EU-oikeuden vaikutus kansalliseen oikeuteen. Hallinnonalakohtaiset selvitykset lainsäädännön kehityksestä 1985–2005. Paremman sääntelyn toimintaohjelma. Osa 3. Valtioneuvoston kanslian julkaisusarja 10/2006, 219–249.

Luhmann, Niklas: Systemtheoretische Beiträge zur Rechtstheorie, Ausdifferenzierung des Rechts. Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie. Suhrkamp, 1981, 241–272.

MacCormick, Neil: Legal Right and Social Democracy. Essays in Legal and Political Philosophy. Clarendon Press, 1982/1986.

MacCormick, Neil–Weinberger, Ota: *An Institutional Theory of Law. New Approaches to Legal Positivism*. D.Reidel Publishing Company, 1986/1992.

MacCormick, Neil: *Questioning Sovereignty. Law, State, and Nation in the European Commonwealth*. Oxford University Press, 2001.

MacCormick, Neil: *Who's afraid of a European Constitution?* Imprint Academic, 2005.

MacCormick, Neil: *Institutions of Law. An Essay in Legal Theory*. Oxford University Press, 2007.

Maher, Imelda: *Community Law in National Legal Order: A Systems Analysis*. *Journal of Common Market Studies* 1998, 237–254.

McLeod, Ian: *Legal Theory*. Palgrave MacMillan, 2007.

Makkonen, Kaarle: *Oikeudellisen ratkaisutoiminnan ongelmia. Rakenneanalyttinen tutkimus. Lainopillisen ylioppilastiedekunnan kustannustoimikunta*, 1981.

Mancini, G.F.: *Democracy and Constitutionalism in the European Union. Collected Essays*. Hart Publishing, 2000.

Mény, Yves: *De la démocratie en Europe: Old Concepts and New Challenges*. *Journal of Common Market Studies* 2002, 1–13.

Moreso, José Juan: *Legal Indeterminacy and Constitutional Interpretation*. Kluwer Academic Publishers, 1998.

Mäenpää, Olli: *Eurooppalainen hallinto-oikeus*. Kauppakaari, 2001.

Newdick, Christopher: *Citizenship, Free Movement and Health Care: Cementing Individual Rights by Corroding Social Solidarity*. *Common Market Law Review* 2006, 1645–1668.

Nieminen, Liisa: *Eurooppalaistuva valtiosääntöoikeus–valtiosääntöistytvä Eurooppa*. Suomalainen Lakimiesyhdistys, 2004.

Ojanen, Tuomas: *The European Way. The Structure of National Court Obligation under EC Law*. Saarijärvi 1998.

Ojanen, Tuomas, Tuomioistuimet. Teoksessa: Raunio, T. ja Wiberg, M. [toim.]: *EU ja Suomi: unionijäsenyyden vaikutukset suomalaiseen yhteiskuntaan*. Edita, 2000, 165–183.

Ojanen, Tuomas: *The Impact of EU Membership on Finnish Constitutional Law*. *European Public Law* 2004, 531–564.

Ojanen, Tuomas: Eurooppa-tuomioistuimet ja suomalaiset tuomioistuimet, *Lakimies* 7-8/2005, 1210–1228.

Ojanen, Tuomas: EU-oikeuden perusteita. Edita, 2006.

Olsen, Johan, P.: Europe in Search of Political order. An Institutional Perspective on unity/diversity, citizens/their helpers, democratic design/historical drift, and the co-existence of orders. Oxford University Press, 2007.

Ott, Walter: Der Rechtspositivismus. Kritische Würdigung auf der Grundlage eines jurischen Pragmatismus. Duncker und Humblot, 1976.

Paasilehto, Satu: Constellations. A New Approach to Legal Culture and European Integration of Private Law. Helsinki 2002.

Paremmän sääntelyn toimintaohjelma, Osa 1. Valtioneuvoston kanslian julkaisusarja 8/2006.

Peczenik, Alexander: Vad är rätt? Om demokrati, rättsäkerhet, etik och juridisk argumentation. Norstedts juridik, 1995.

Perustuslakivaliokunnan lausunto 18/1997 vp asiassa Valtioneuvoston selonteko VNS 4/1997 vp (Talous- ja rahaliitto – Suomen vaihtoehdot ja kansallinen päätöksenteko). PeVL 18/1997 vp.

Perustuslakivaliokunnan lausunto 7/2003 vp asiassa Valtioneuvoston selonteko VNS 2/2003 vp konventin tuloksista ja valmistautumisesta hallitusten väliseen konferenssiin. PeVL 7/2003 vp.

Perustuslakivaliokunnan lausunto 36/2006 vp asiassa Hallituksen esitys Euroopan perustuslaista tehdyn sopimuksen hyväksymisestä ja laiksi sen lainsäädännön alaan kuuluvien määräysten voimaansaattamisesta. PeVL 36/2006 vp.

Perustuslakivaliokunnan lausunto 13/2008 vp asiassa Hallituksen esitys Euroopan unionista tehdyn sopimuksen ja Euroopan yhteisön perustamissopimuksen muuttamisesta tehdyn Lissabonin sopimuksen hyväksymisestä ja laiksi sen lainsäädännön alaan kuuluvien määräysten voimaansaattamisesta. PeVL 13/2008 vp.

Peter, Anne: Book review. *Common Market Law Review* 2006, 1200–1201.

Piris, Jean-Claude: The Constitution for Europe. A Legal Analysis. Cambridge University Press, 2006.

Posner, Richard A.: Law, Pragmatism, and Democracy. Harvard University Press, 2003.

Prechal, Sacha: Protection of Rights: How far? Teoksessa S.Prechal ja B.van Roermund [toim.]: The Coherence of EU Law. The Search of Unity in Divergent Concepts. Oxford University Press, 2008, 155–182.

Prechal, S. ja van Roermund, B. [toim.]: The Coherence of EU Law. The Search of Unity in Divergent Concepts. Oxford University Press, 2008.

Prechal, S., Senden, L., van Roermund, B. ja Vandamme, T.: Experiences from Professional Practice: Some Steps towards empirical Research. Teoksessa S.Prechal ja B.van Roermund [toim.]: The Coherence of EU Law. The Search of Unity in Divergent Concepts. Oxford University Press, 2008, 23–43.

Prechal, Sacha ja van Roermund, Bert: Binding Unity in EU Legal Order: An Introduction. Teoksessa S.Prechal ja B.van Roermund [toim.]: The Coherence of EU Law. The Search of Unity in Divergent Concepts. Oxford University Press, 2008, 1–20.

Raitio, Juha: The Principle of Legal Certainty in European Law. Kluwer Academic Publishers, 2003.

Raitio, Juha: Eurooppaoikeus ja sisämarkkinat. Talentum, 2006.

Rasmussen, Hjalte: On Law and Policy in the European Court of Justice. A Comparative Study in Judicial Policymaking. Martinus Nijhoff Publishers, 1986.

Raunio, Tapio ja Saari, Juho [toim.]: Eurooppalaistuminen. Suomen sopeutuminen Euroopan integraatioon. Gaudeamus, 2006.

Raz, Joseph: The Concept of a Legal System. An Inquiry to the Theory of Legal System, Second Edition. Clarendon Press, 1980.

Richards, Claudina: The Supremacy of Community Law before the French Constitutional Court. *European Law Review* 2006, 499–517.

Richmond, Catherine: Preserving the Identity Crisis. Autonomy, System and Sovereignty in European Law. Teoksessa MacCormick, Neil [toim.]: Constructing Legal Systems. Kluwer Academic Publishers, 1997, 47–90.

Ross, Alf: On Self-reference and a Puzzle in Constitutional Law. *Mind* 1969, 1–24.

Ruiter, Dick W.P.: Institutional Legal Facts. Legal Powers and their Effects. Kluwer Academic Publishers, 1993.

Ruiter, Dick W.P.: Legal Institutions. Kluwer Academic Publishers, 2001.

Sankari, Suvi: Ennakkoratkaisupyynnot ja Suomi. *Oikeus* 1/2006, 54–72.

Sankari, Suvi: EU Law in Finland and Sweden: A Survey of the Preliminary References, National Jurisprudence and Legal Integration. *Europarättslig Tidskrift* 3/2003, 508–534.

Scheinin, Martin: Ihmisoikeudet Suomen oikeudessa. Valtiosääntöoikeudellinen tutkimus kansainvälisten ihmisoikeussopimusten valtiosisäisestä voimassaolosta sekä ihmisoikeus- ja perusoikeusnormien sovellettavuudesta Suomen oikeusjärjestyksessä. Suomalainen Lakimiesyhdistys, 1991.

Schilling, Theodor: The Autonomy of the Community Legal Order: An Analysis of Possible Foundations. *Harvard International Law Journal* Vol 37/2 1996, 389–409.

Schmid, Christoph: All Bark and No Bites: Notes on the Federal Constitutional Court's 'Banana Decision'. *European Law Journal* 2001, 95–113.

Schroeder, Werner: Das Gemeinschaftsrechtssystem. Eine Untersuchung zu den rechtsdogmatischen, rechtstheoretischen und verfassungsrechtlichen Grundlagen des Systemdenkens im Europäischen Gemeinschaftsrecht. Mohr Siebeck, 2002.

Siltala, Raimo: Oikeuden viimekätisen pätevyyskriteerin ratkeamaton ongelma. Onko Hartin tunnistamissääntö velvoittava oikeussääntö vai yhteiskunnallinen tosiasia? *Lakimies* 2000, 671–689.

Soper, Philip: Law's Normative Claims. Teoksessa George, Robert P. [toim.]: The Autonomy of Law. Essays on Legal Positivism. Clarendon Press, 1996/2005, 215–247.

Sperber, Dan – Wilson, Deirdre: Relevance. Communication and Cognition. Second Edition, Blackwell Publishing, 1995.

Sperber, Dan: Voir autrement la culture. Teoksessa Droit, Roger-Pol ja Sperber, Dan: Des idées qui viennent. Éditions Odile Jacob, 1999, 91–105.

Stein, Eric: Thoughts from a Bridge. A retrospective of writings on New Europe and American Federalism. The University of Michigan Press, 2000.

Suviranta, Outi: Virkamiehen ratkaisutoiminta ja Euroopan yhteisön oikeus. Tutkimus Euroopan unionin vaikutuksesta virkamiehen ratkaisutoiminnan oikeudellisen ohjauksen rakentamiseen. Suomalainen Lakimiesyhdistys, 1996.

Säädösvalmistelun kehittämishanke 1995. Esiselvitys. Oikeusministeriön lainvalmisteluosaston julkaisu 5/1995.

Tala, Jyrki: Lakien ja lainvalmistelun laadun kehittäminen Euroopan unionissa. Teoksessa Helander, P., Lavapuro, J. ja Mylly, T. [toim.]: Yritys eurooppalaisessa oikeusyhteisössä. Turun yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan julkaisuja, 2002, 105–133.

Tala, Jyrki: Lainsäädäntötoiminnan kehityspiirteitä Suomessa 1985–2005. Katsauksia Suomen lainsäädäntökehitykseen 1985-2005. Paremmman sääntelyn toimintaohjelma, Osa 2, Valtioneuvoston kanslian julkaisusarja 9/2006.

Tiilikainen, Teija, Helander, Petri ja Heliskoski, Joni: Euroopan perustuslaki. Edita Publishing, 2005.

Tuori, Kaarlo: Kriittinen oikeuspositivismi. WSOY, 2000.

Tuori, Kaarlo: Oikeuden ratio ja voluntas. WSOYPro, 2007.

Twining, William: Globalisation and Legal Theory. Butterworths, 2000.

Ullman-Margolit, Edna: The Emergence of Norms. Oxford University Press, Clarendon Library of Logic and Philosophy, 1977.

Van Hoecke, Mark: Hohfeld and Comparative Law. *International Journal for the Semiotics of Law* 1996, 185 – 201.

Van Hoecke, Mark: Law as Communication. Hart Publishing, 2002.

Victor, Dag: Rättssystem och vetenskap. Studier kring en analysmodell för ideologiska system. Norstedts, 1977.

Vinx, Lars: Hans Kelsen's Pure Theory of Law. Legality and Legitimacy. Oxford University Press, 2007.

Waldron, Jeremy: Law and Disagreement. Oxford University Press, 1999.

Waluchow, W.J.: Inclusive Legal Positivism. Clarendon Press, 1994.

Watson, Alan: Legal Culture v. Legal Tradition. Teoksessa Mark Van Hoecke [toim.]: Epistemology and Methodology of Comparative Law. Hart Publishing, 2004, 1–6.

Wattel, Peter J.: *Köbler, Cilfit and Welthgrove*: We can't go on meeting like this. *Common Market Law Review* 2004, 177–190.

Weiler, J.H.H.: Europe's constitutional *Sonderweg*. Teoksessa Weiler, J.H.H. ja Wind, Marlene [toim.]: European Constitutionalism Beyond the State. Cambridge University Press, 2003, 7–23.

Weiler, J.H.H.: The Constitution of Europe. “Do the New Clothes have an Emperor and other Essays on European Integration”. Cambridge University Press, Fifth Printing 1999/2005.

Weinberger, Ota: The Norm as Thought and as Reality. Teoksessa MacCormick, Neil ja Weinberger, Ota [toim]: An Institutional Theory of Law. New Approaches to Legal Positivism. D.Reidel Publishing Company, 1986/1992, 31–48.

Weyland, Ines: The Application of Kelsen’s Theory of the Legal System to European Community Law–The Supremacy Puzzle Resolved. *Law and Philosophy* 21: 1–37, 2002.

Wiberg, Matti: Lainsäädäntömme EU-vaikutteisuus luultua oleellisesti pienempää. *Oikeus* 2004/2, 200–206.

Wiberg, Matti: Miten paljon EU vaikuttaa Suomen normituotantoon? <http://www.edilex.fi/lakikirjasto/2995.pdf>, käyntipäivä 10.6.2008.

Wilhelmsson, Thomas: Vieteriukkoteoria EY-oikeudessa. Teoksessa Juhlajulkaisu Aulis Aarnio 1937–14/5–1997. Oikeustiede – Jurisprudentia, Suomalaisen lakimiesyhdistyksen vuosikirja, 30, 1997, 357–374.

Öhlinger, Theo: Die Einheit des Rechts. Völkerrecht, Europarecht und Staatliches Recht als einheitliches Rechtssystem? Teoksessa Paulson, Stanley L. ja Stolleis, Michael [toim.]: Hans Kelsen. Staatsrechtslehrer und Rechtstheoretiker des 20. Jahrhunderts. Mohr Siebeck, 2005, 160–175.

Tutkimushankkeen kuvaus

1. Johdanto

1.1. Tutkimushankkeen tavoitteet

Euroopan integraatio, erityisesti Euroopan unionin oikeusjärjestyksen kehitys, tarjoaa historiallisesti ainutlaatuisen mahdollisuuden testata oikeusteorian ja teoreettisen valtio-oikeuden perusasioihin liittyviä kysymyksenasetteluja käynnissä olevan massiivisen ”yhteiskuntakokeen” antamien kokemusten valossa. Tätä mahdollisuutta on edelleenkin hyödynnetty suhteellisen vähän, vaikka puolessatoista vuosikymmenessä on huomattavasti edetty *Bengoetxean* vuonna 1991 valittelemasta eurooppaoikeuteen kohdistuvan oikeusteoreettisen harrastuksen lähes täydellisestä puuttumisesta.¹ Myös varsinaisessa eurooppaoikeudellisessa tutkimuksessa oikeusteoreettiset kysymyksenasettelut loistavat yleensä poissaolollaan; tämä ei kuitenkaan koske suomalaista eurooppaoikeudellista tutkimusta, jota voidaan pitää oikeusteoreettisesti sangen valveutuneena.²

Eurooppaoikeutta oikeusjärjestyksenä, oikeusjärjestelmänä tai oikeustieteen alana tarkastelevia oikeusteoreettisia tutkimuspuheenvuoroja onkin viimeisten kahden vuosikymmenen aikana julkaistu kymmeniä, ehkä satoja. Lisäksi oikeusteorian rajapinta suhteessa teoreettiseen valtio-oikeuteen tai poliittiseen teoriaan on Euroopan integraatioon liittyvässä keskustelussa veteen piirretty.

Suuri osa uudemmasta eurooppaoikeuden oikeusteoreettisesta tarkastelusta edustaa lähestymistapoja, joita *Buckel*, *Christensen* ja *Fischer-Lescano* luonnehtivat ”uudeksi oikeusteoriaksi”. He tarkoittavat tällä muun muassa erilaisia postmoderneja, kriittisiä ja feministisiä suuntauksia. Kirjoittajat luonnehtivat uuteen oikeusteoriaan kuuluviksi myös esimerkiksi diskursiivista, systeemiteoreettista, deliberatiivista tai polysentristä tarkastelutapaa edustavat ajattelijat.³ Eurooppaoikeuden oikeusteoreettisessa tarkastelussa on mukana kuitenkin myös itselleni läheisemmän modernin oikeuspositivismin analyttistä, institutionaalista tai kriittistä suuntausta edustavia tutkijoita.

Minua on jo pitkään houkutellut tarkastella nimenomaan Euroopan integraation synnyttämän uuden ylikansallisen ja monikielisen oikeusjärjestyksen valossa sellaisia oikeuspositivismin tradition arvostamia klassisia kysymyksenasetteluja kuin oikeusnormin voimassaolon peruste, oikeusjärjestyksen identiteetti, autonomia ja rakenne, sisäisen ja ulkoisen näkökulman suhde oikeudellisessa ajattelussa ja käyttäytymisessä sekä kulttuurisesti rajautuneiden kommunikaati-

¹ Bengoetxea 1991 s.195. Myös Neil MacCormick on kiinnittänyt huomiota Euroopan unioniin kohdistuvan oikeusteoreettisen mielenkiinnon puutteeseen, ks. MacCormick 2001 s. vii ja 105.

² Ks. esim. Ojanen 1998, Paasilehto 2002 ja Raitio 2003.

³ Ks. Neue Theorien des Rechts.s.VII–IX.

tioyhteisöjen merkitys oikeudelliselle käsitteenmuodostukselle. Olen toisaalta havainnut, että julkaisemissani oikeuden eurooppalaistumiseen liittyvissä artikkeleissa näyttäytyy suomalaisen analyttisen oikeusteorian metodinen vaikutus tavalla, jota en ole tietoisesti tavoitellut artikkeleita kirjoittaessani. Olen myös tullut yhä vakuuttuneemmaksi siitä, että nimenomaan analyttisen oikeusteorian painottamien kysymyksenasettelujen tiedostaminen olisi omiaan edistämään eurooppaoikeuden kehittymistä nykyistä metodisesti kypsempään suuntaan.

Näiden ajatusten pohjalta on laadittu nyt käsillä oleva väitöskirjatutkimus, jossa yhdistetään oikeuden eurooppalaistumista käsitteleviin artikkeleihini abstraktimmalla oikeusteoreettisella tasolla liikkuva yhteenveto-osa. Eurooppalaistumisen⁴ rajaan tässä yhteydessä nimenomaan Euroopan unioniin liittyväksi oikeudelliseksi kehitykseksi;⁵ sellaiset eurooppalaistumisen ulottuvuudet kuin Euroopan ihmisoikeussopimuksen ja Euroopan talousalueen vaikutukset eivät tule itsenäisesti tarkasteltaviksi.

Yhteenveto-osan tarkoituksena on artikkeleissa tarkastellun oikeuden eurooppalaistumisen rationaalinen rekonstruktio abstraktimmalla oikeusteoreettisella tasolla. Siinä pyritään luomaan analyttinen käsitteistö, jonka avulla käsitteellisesti möhkälemäistä ”oikeuden eurooppalaistumista” voidaan eritellä käsitteen ”oikeus” kattamat eri näkökulmat huomioon ottavalla tavalla. Tällöin voidaan eritellä eurooppalaistumisen sisältöä oikeusnormien, oikeudellisten käytäntöjen ja oikeudellisen ajattelun taustalla olevan kulttuurisen esiymmärryksen muutoksena. Oikeuden eurooppalaistumisen tarkastelu jäsennetään yhteenveto-osan jaksossa 5.5 esiteltävällä ja perusteltavalla oikeuden käsitteen nelikenttämallilla. Siinä oikeuden merkityssisältöä tarkastellaan ulottuvuuksien propositionaalinen-toiminnallinen ja konkreetti-abstrakti kombinoimisen seurauksena saatavana neljänä eri ilmenemismuotona. Ne ovat oikeusjärjestys, juridiikka, oikeusjärjestelmä ja oikeuskulttuuri. Nelikenttä tukeutuu Kaarlo Tuorin oikeuden tasomalliin sekä J.W.Harrisin erotteluun momentaarisen ja historiallisen oikeusjärjestyksen välillä.

Oikeuden eurooppalaistumisen käsitteellisen haltuunoton ohella tutkimuksella on myös itsenäisiä oikeusteoreettisia tavoitteita. Nämä liittyvät muun muassa Kelsenin ja Hartin esittämien äärienormiteorioiden sovellettavuuden kriittiseen arvioimiseen sekä oikeuden käsitteellisten

⁴ Tarkastelen eurooppalaistumisen käsitesisältöä tarkemmin jäljempänä jaksossa 1.5.

⁵ Tutkimuksen oikeusteoreettiset tavoitteet huomioon ottaen olen päätenyt käyttämään termiä EU-oikeus tai unionioikeus Euroopan unionin oikeusjärjestyksestä ottamatta huomiota toistaiseksi vielä vallitsevaa eroa Euroopan yhteisöjen oikeuden ja muun unionioikeuden välillä. Yleensä esityksessä EU-oikeus viittaa kuitenkin pelkästään ”ylikansalliseen” yhteisön oikeuteen. Tietyissä yhteyksissä, erityisesti referoitaessa ennen Maastrichtin sopimuksen voimaantuloa kirjoitettuja tekstejä sekä muutoinkin anakronismin välttämisen tai täsmällisyyden sitä edellyttäessä, käytän kuitenkin yhteisöön viittaavia termejä. Tämä koskee erityisesti keskustelua sellaisten tutkijoiden ajatuksista, jotka tähdentävät yhteisön oikeuden systeemistä erillisyyttä tai laadullista erilaisuutta unionioikeuteen nähden. Yhteenveto-osassa viitataan EU:n perussopimukseen tekniikalla sopimuksen lyhenne ja määräyksen numerointi. Esimerkiksi EY 10.1 tarkoittaa Euroopan yhteisön perussopimuksen 10 artiklan 1 kohtaa. Sopimusten lyhenteet ovat: EU, sopimus Euroopan unionista; EY, Euroopan yhteisön perustamissopimus; PLS, sopimus Euroopan perustuslaiksi; EUT, sopimus Euroopan unionin toiminnasta.

rakenteiden (oikeusperiaatteet ja oikeuskäsitteet) kehityksen ja yhteiskunnallisten arvovalintojen välisen suhteen tarkasteluun unionioikeuden kehityksen valossa.

Puhtaan esityksellisesti väitöskirjan esikuvana on toiminut *Lars D. Erikssonin* väitöskirja *Marxistisk teori och rättsvetenskap* (Helsinki 1980), jossa yhteenveto-osa ei rajoittunut artikkeliosan referoimiseen, vaan oli myös itsenäinen tutkimuksellinen puheenvuoro.

1.2. Artikkelien kuvaus

Väitöskirjahankkeen artikkelit jakautuvat lähestymistavaltaan kolmeen ryhmään. Artikkelit 1a–4 kuvaavat Suomen oikeuden eurooppalaistumista eri näkökulmista. Eurooppalaistumisella tarkoitetaan niissä Suomen oikeusjärjestyksen avautumista Eurooppa-oikeudelle, ennen kaikkea yhteisö pilarin ylikansalliselle yhteisön oikeudelle. Vaikka eurooppalaistuminen on keskeisesti EU-oikeuteen liittyvä kehitys, artikkeleita ei ainakaan sanan ahtaassa merkityksessä voi pitää eurooppaoikeudellisina, koska niissä tarkastelun kohteena on nimenomaan Suomen (tai pohjoismaisen) oikeuden muuttuminen EU-oikeuden reseption ja unioniin liittymisen johdosta. Näkökulmana on siten oikeusjärjestysten kohtaaminen, ei EU-oikeus itsessään. Perinteisen oppialaterminologian kannalta artikkelien tarkastelutasoa voisi ehkä kuvata yleiseksi oikeustieteeksi.

Artikkelien välillä on huomattavasti päällekkäisyyttä. Sen selityksenä on niiden syntyprosessi, jossa ajallisesti edeltävää tekstiä on käytetty seuraavan kirjoittamisen lähtökohtana siltä osin, kuin kysymys on eurooppalaistumiskehitykseen liittyvien oikeudellisten muutosten kuvaamisesta.

Artikkelissa 5 tarkasteltiin EU:n perustuslaillistumiskehitystä tilanteessa, jossa sittemmin kariutunutta perustuslakisopimusta valmistelevasta valmistelukunnasta ei vielä ollut tehty lopullisia päätöksiä. Artikkelin näkökulmana on teoreettisen valtiosääntöoikeuden, oikeusteorian ja myös poliittisen teorian välineistön soveltaminen niihin prosesseihin, joita on ollut tapana kuvata EU:n perustuslaillistumis- tai konstitutionalisoitumiskehitykseksi.⁶

Artikkelit 6–8 ovat otteeltaan edeltäviä artikkeleita teoreettisempia. Artikkelissa 6 tarkastelun lähtökohdat kuuluvat enemmän poliittisen teorian, artikkeleissa 7 ja 8 oikeusteorian alaan.

⁶ Liisa Nieminen puhuu samaa tarkoittaen EU:n valtiosääntöistymisestä. Ks. Nieminen s.20.

Artikkeli 1 a: EG-rättens inverkan på lagstiftningsmetodik och rättstillämpning i Norden⁷

Artikkeli 1 b: Vad pratar vi om när vi pratar om lagstiftningens kvalitetsproblem i EU-sammanhang?⁸

Artikkeli 1 a on Kööpenhaminan pohjoismaisessa lakimieskokouksessa vuonna 1993 pidetty pääalustus, jonka ydinsisällön voi kiteyttää seuraaviin hypoteeseihin:

Eurooppaoikeus koetaan pohjoismaisen lainvalmistelu- ja lainsäädäntöperinteen kannalta systemille vieraana elementtinä, joka ”ympätään” voimassa olevan lainsäädännön runkoon muuttamatta kansallisen lainsäädännön perustavia systemaattisia rakenteita tai käsitteitä taikka lainvalmistelun menetelmiä. EY-lainsäädännön implementointi on kuitenkin omiaan laskemaan kansallisen lainsäädännön johdonmukaisuutta ja yleiskatsauksellisuutta sekä lisäämään painetta sääntelytason laskemiseen eduskuntalakia alemmalle tasolle.

Oikeuskäytännöstä esitin hypoteesin, jonka mukaan integraatiokehityksestä aiheutuu paineita sitä perinteistä pohjoismaisen oikeusideologian piirrettyä kohtaan, jota on kutsuttu tuomareiden lojaliteetiksi suhteessa kansanvaltaisesti legitimoituun lainsäätäjään. Tämän katsoin pitämällä aikavälillä heijastuvan yleisempänä vapaampana suhtautumisena tuomioistuinten valankäyttöön myös oikeusjärjestyksen puhtaasti kansallisten osien soveltamisessa.

Artikkeli 1 b on tavallaan artikkelin 1 a päivitys liittyen Ruotsissa vuonna 2003 pidettyyn EU-lainsäädännön laatua käsittelevään konferenssiin. Tämän puheenvuoron tärkeimpänä havaintona pidän sen korostamista, että EU-lainsäädännön ja kansallisen lainsäädännön laatukriteerit eivät välttämättä ole yhteneviä: EU:n näkökulmasta kelvollinen säädös voi olla kansallisesta näkökulmasta huonolaatuinen, ja päinvastoin.

Artikkeli 1 a on jossain määrin noteerattu pohjoismaisessa keskustelussa. Siinä käsitelty tematiikka on myös ollut keskeisesti esillä vuosien 2005–2006 paremman sääntelyn kehittämishankkeessa. Itse pidän artikkelia tärkeänä muun muassa sen takia, että siinä yritettiin kääntää yleensä kvantitatiivisella tasolla liikkunut keskustelu integraation vaikutuksesta lainsäädäntöön yleisemmälle oikeusjärjestyksen kehitystä tarkastelevalle laadulliselle tasolle.

⁷ Forhandlingerne ved det 33. nordiske Juristmøde i København 18–20. august 1993, Bind II, s.564–583.

⁸ Svensk Juristtidning 2003/4 s. 444–448.

Artikkeli 2: The Application of Community Law in Finland: 1995–1998⁹

Artikkeli 2 on Common Market Law Review -lehden toimituksen pyynnöstä laadittu katsaus Suomen EU-jäsenyyden oikeudellisista ulottuvuuksista. Siinä käsiteltyjä teemoja ovat liittymissopimuksen voimaansaattaminen ja valtiosääntövaikutukset, lainsäädännön sopeuttaminen, eurooppaoikeuden vastaanotto oikeuskäytännössä sekä Ahvenanmaan erityisasema.

Artikkelissa tarkasteltua oikeuskäytäntöä on pyritty etsimään systemaattisesti kaikilta tuomioistuinhierarkian tasoilta. Tietojen keruu julkaisemattomasta oikeuskäytännöstä tapahtui käyttäen apuna muun muassa oikeusministeriön 1990-luvun alkupuolella järjestämään tuomareiden EY-koulutukseen kuuluneita henkilöitä. Artikkeli on perusselvitys EU-oikeuden läpilyönnistä Suomessa. Sille ei ainakaan toistaiseksi ole laadittu seuraajaa, eikä oikeuskäytännön esittely samalla tarkkuustasolla olisi nykyoloissa mahdollista eikä ehkä mielekästäkään.

Artikkeli 3: Kolme aaltoa–miten Suomen oikeusjärjestys eurooppalaistui?¹⁰

Tässä artikkelissa käsitellään pitkälti samoja teemoja kuin kahdessa edellisessä. Artikkelin olennainen viesti on kuitenkin Suomen oikeudellinen integraation jakaminen kolmeen eri ajalliseen vaiheeseen, jotka poikkesivat toisistaan motiiveiltaan, sisällöltään ja vaikutuksiltaan. Tärkeänä pidän myös Euroopan ihmisoikeussopimukseen liittymisen, EU-integraation, perusoikeusuudistuksen ja lakien perustuslainmukaisuuden tuomioistuinkontrollin hyväksymisen välisten vuorovaikutussuhteiden osoittamista.

Artikkeli 4: Internationella normer i Nordisk rätt¹¹

Artikkeli perustuu pohjoismaiden korkeimpien oikeuksien presidenttien kokouksessa 2005 pidettyyn esitelmään. Artikkelin teesinä on, että oikeuden eurooppalaistumiskehityksen seurauksena Pohjoismaissa vielä 1980-luvun lopulla vallinnut ”dualistinen idylli” on vaihtunut kilpailevien ”sektorimonismien” vaikeasti hahmottuvaan ja epäjärjestelmälliseen rinnakkaiseloon.

Sektorimonismeilla tarkoitetaan artikkelissa Euroopan ihmisoikeussopimuksen, EU-oikeuden ja kansainvälistyvän taloudellisen oikeuden luomia oikeudellisia regiimejä, jotka eivät ole tosistaan riippumattomia ja joiden valossa Pohjoismaiden ”yhteiseen valtiosääntöperinteesseen” kuuluva dualistinen periaate kansainvälisten velvoitteiden valtionsisäisistä vaikutuksista on käytännössä menettämässä käyttöalaansa, vaikka se säilyttääkin asemansa normatiivisena pääsääntönä. Artikkelissa problematisoidaan myös EY-tuomioistuimen uudemmassa oikeuskäytännössä kansallisten ylimpien tuomioistuinten toiminnalle asetettuja vaatimuksia.

⁹ Common Market Law Review 36 (1999), s. 407–441.

¹⁰ Defensor Legis 4/2001, s. 603–619.

¹¹ Europarättslig Tidskrift 2/2005 s. 520–531.

Artikkeli 5: Euroopan unionin konstituutio–perussopimus vai perustuslaki?¹²

Artikkeli on kirjoitettu tilanteessa, jossa EU:n perustuslakihankkeesta ei vielä ollut tehty lopullisia poliittisia päätöksiä, mutta tematiikkaan liittyvä oikeudellinen ja poliittinen keskustelu oli sangen vilkasta. Artikkelin metodisena pääajatuksena on tehdä ero poliittisiin yhteisöihin (*polity*) liittyvien oikeudellisten ja konstitutionaalisten käsitteiden institutionaalisen ja valtioidonnan (*statist*) merkityksen välillä ja sen jälkeen tarkastella tiettyjä EU:n perustuslakikehitykseen (*constitutionalization*)¹³ liittyviä kysymyksiä ensiksi institutionaalisesta näkökulmasta ja sen jälkeen sen hypoteesin pohjalta, että EU:sta tehtäisiin kansainvälisoikeudellisen valtiollisuuden kriteerit täyttävä liittovaltio.

Artikkelissa käsiteltyjä perustuslakikehityksen ulottuvuuksia ovat unionin konstituution kodiointi, unionirakenteiden konsolidointi, unionin ulkoisen identiteetin vahvistaminen sekä muutokset unionin ja jäsenvaltioiden välisessä federatiivisessa balanssissa viimeksi mainitun sisältäessä muun muassa kysymykset EU:n toimivaltauettelosta, toimivaltojen valvonnasta, perusoikeusjärjestelmästä, unionin kansanvaltaisuudesta sekä unionin perustuslakia säätävästä vallasta (*pouvoir constituant*). Artikkelin päättää katsaus unionin hypoteettisen valtiollisen perustuslain voimaansaattamisen problematiikkaan. Pidän muussa kuin kansainvälisen sopimuksen muodossa tehtävän unionin perustuslain voimaansaattamista käytännössä mahdottomana. Esitin artikkelin lopuksi pessimistisen arvion perustuslakihankkeen toteuttamiskelpoisuudesta unionin väestön poliittiset asenteet huomioon ottaen. Artikkelin tematiikka eroaa viidestä aiemmin luetellusta siinä suhteessa, että siinä tarkastelun kohteena ei ole kansallisten oikeusjärjestysten eurooppalaistuminen vaan EU:n ”valtiosäännön” ja jäsenvaltioiden valtiosääntöjen vuorovaikutussuhteet liittyen unionin konstituution kehittämishankkeisiin.

Artikkeli 6: Demokratia vai perusoikeudet?¹⁴

Artikkeli 6 tarkastelee demokratian ja perusoikeuksien välistä suhdetta. Se ei näennäisesti liity muiden artikkelien tematiikkaan, koska tarkastelua ei ole sidottu EU-oikeuteen. Artikkelin kirjoittamisen pontmina on kuitenkin ollut se EU-oikeuden perusongelma, että unionioikeuden sitovuutta on vaikea legitimoida demokraattisesti sen vuoksi, että unionin päätöksentekojärjestelmä ei sisällä tehokkaita muotoja EU-oikeuden muuttamiselle perinteisiä kansanvaltaisia vaikutuskeinoja (kansalaismobilisaatio, enemmistöperiaate, parlamentaarinen vastuunalaisuus) hyväksi käyttäen. EU-oikeus on tästä näkökulmasta, *Juha Karhun* terminologiaa käyttäkseni, supernormisto.

Supernormistojen ongelmallisuus demokratiaperiaatteen näkökulmasta on mielestäni ilmeinen. Argumentaation terävöittämiseksi en valinnut tässä kirjoituksessa käsittelyn kohteeksi

¹² OIKEUSTIEDE–JURISPRUDENTIA XXXIV 2001, s. 67–153.

¹³ Termivalintojen perustuslakikehitys ja perustuslaillistumiskehitys suhteesta ks. jäljempänä esitystä jaksossa 3.1.

¹⁴ Juhlajulkaisu Pekka Hallberg 1944–12/6–2004, Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja C-sarja N:o 35, Jyväskylä 2004, s.101–118.

kuitenkaan EU-oikeutta vaan perusoikeusjärjestelmän. Sen supernormistoluonteen mahdollinen justifioitavuus suhteessa demokratiaperiaatteeseen tuntui helpommalta kuin lähinnä instrumentaalisia päämääriä tavoittelevan EU-oikeuden. Artikkelin kirjoittamisen yhtenä motiivina oli myös tuoda esille se riippuvuussuhde, joka mielestäni vallitsee oikeuspositivismin ja kansanvaltaisuuden välillä.

Artikkelin päätelmänä on se, että perusoikeudet ovat positiivisoikeudellinen instituutio ja sellaisena ongelmallisia demokratiaperiaatteen kannalta sitoessaan myöhempien sukupolvien toimintamahdollisuuksia perustuslakia säätäneen sukupolven arvotarkkaisuun. Tämä tulos voidaan välttää vain olettamalla perusoikeuksille jonkinlainen ylipositiivinen pätevyysperuste. Tällöin kuitenkin tehdään oletus oikeusjärjestyksen sisältämän perusoikeusjärjestelmän moraalista pätevydestä, mitä pidän nimenomaan moraalien autonomian kannalta kestävämmänä ajatuksena.

Artikkeli 7: Back to the *Begriffshimmel*?—A plea for an analytical perspective in European Law¹⁵

Artikkeli perustuu Utrechtin yliopistossa tammikuussa 2006 pidettyyn alustukseen, joka liittyy professorien *Sacha Prechal* ja *Bert Van Roermund* johtamaan Utrechtin ja Tilburgin yliopistojen kansainväliseen tutkimushankkeeseen ”Binding Unity and Divergent Concepts in EU Law”.

Artikkeli on ohjelmallinen puheenvuoro. Siinä katsotaan, että eurooppaoikeudellinen tutkimus hyötyisi suomalaisen analyyttisen oikeustieteen tai jonkin vastaavan loogis-analyyttisen filosofian traditioon kuuluvan suuntauksen oppien soveltamisesta. Eurooppaoikeutta vaivaa mielestäni paljolti sellainen käsitteistä päättely ja essentialismi, jota suomalainen analyyttinen oikeustiede aikalaistieteen nousi vastustamaan. Analyyttisempi ja samalla formaalimpi oikeuskäsitteistö—esimerkiksi *W.N.Hohdelfin* relaatiokäsitteet—olisi hyödyllinen eurooppaoikeudessa myös siksi, että sen avulla voitaisiin välttää kansallisiin taustoihin liittyvien käsitteellisten sitoumusten eurooppaoikeuden yhteneväistä ymmärtämistä ja soveltamista vaarantava vaikutus.

Artikkelissa ei pidetä analyyttistä oikeustiedettä metodisesti tai teoreettisesti ainoana oikeana lähestymistapana, vaan tunnustetaan sen yksipuolisuus ja riittämättömyys. Kuitenkin analyyttistä oikeustiedettä Suomessa seuranneiden suuntausten ilmentämä oikeuden yhteisöllisten kommunikatiivisten rakenteiden ja perinteiden painottaminen on ongelmallinen nimenomaan eurooppaoikeuden kannalta, koska sen taustalla ei ole homogeenista historiallisesti kehittyntä oikeusyhteisöä. Tämän vuoksi analyyttisen perinteen esimerkin soveltamista puolletaan artikkelissa eräänlaisena esiprojektina systematisoivalle ja käsitteenmuodostukseen tähtääväle eurooppaoikeuden tutkimukselle.

¹⁵ The Coherence of EU Law. The Search of Unity in Divergent Concepts, (Eds. Prechal.S.–Van Roermund, B.), Oxford University Press 2008, 451–461.

Artikkeli 8: EU ja Hohfeld¹⁶

Pyrin artikkelissa vastaamaan edellisessä artikkelissa esittämäni haasteeseen soveltamalla *W.N.Hohfeldin* oikeudellisia peruskäsitteitä EU-oikeuden välittömään oikeusvaikutukseen. Tätä edeltää artikkelissa Hohfeldin järjestelmän ja sen ongelmakohtien esittely.

Välitön oikeusvaikutus voidaan artikkelin mukaan kuvata selvän, täsmällisen ja ehdottoman EU-normin vaikutukseksi, jossa oikeussuhteen osapuolten hohfeldilainen asetelma muuttuu peilikuvakseen niin, että kansallisen oikeuden mukainen rasitettu osapuoli saavuttaa rasituksen negatiota vastaavan oikeutuksen ja vastaavasti oikeutettu osapuoli tulee rasitetuksi tavalla, joka on hänen kansallisen oikeuden mukaisen oikeutuksensa negatio. EU-normin synnyttämä oikeutus voi olla vaade, vapaus, toimivalta tai koskemattomuus. Välittömän vaikutuksen rinnakkaiskäsitteessä välillinen vaikutus ei tapahdu tällaista transformaatiota, vaan siinä EU-oikeuden edellyttämä hohfeldilainen asetelma sisältyy (teoriassa) jo johonkin kansallisen oikeuden tulkintavaihtoehtoon.

EU-oikeuden välittömään vaikutukseen perustuva ”Community right” voi siten olla paitsi vaade, myös vapaus, toimivalta tai koskemattomuus, jolloin jäsenvaltion asema on vastaavasti velvollisuus, ei-oikeus, sidonnaisuus tai inkompetenssi. Toimivallan ja koskemattomuuden käsitteiden avulla voidaan kuvata myös ne tilanteet, joissa EU-normi ei vaikuta aineellisenä oikeutena vaan dynaamisena mahdollisuutena käynnistää EU-normin soveltaminen tai vastaavasti torjua kansallisen lainsäädännön soveltaminen hallintomenettelyssä tai lainkäytössä. Toimivalta on oikeutuksena käsitteellisesti eri asia kuin se materiaallinen intressi, jolla toimivallan olemassaolo voidaan oikeudellisesti perustella.

Direktiivien kohdalla poissuljettuja ovat transformaatiot, joissa kansallisen oikeuden mukaan oikeutetun yksityisen osapuolen asema muuntuisi hohfeldilaiseksi velvollisuudeksi. Sen sijaan direktiivien välitön vaikutus voi ilmetä kansallisen lainsäädännön mukaisen vaateen, toimivallan tai koskemattomuuden muuntumisena EU-oikeuden mukaiseksi ei-oikeudeksi, sidonnaisuudeksi tai inkompetenssiksi eli hohfeldilaiseksi rasitukseksi. EY-tuomioistuimen oikeuskäytännössä on kuitenkin tuomioita, joissa asiallisesti direktiivin vaikutuksena syntyy yksityiselle velvollisuus horisontaalisessa oikeussuhteessa, vaikka EY-tuomioistuin ei tätä doktriinin tasolla hyväksykään.

1.3. Yhteenvedon osan rakenne

Yhteenvedon osan dispositio on kaksiosainen. Osuudessa ”Tutkimusartikkelien yhteenvedon” käydään tiivistetysti läpi artikkelien tematiikkaa ja päivitetään sitä myöhemmän kehityksen

¹⁶ EU ja Hohfeld. Teoksessa Heikki Kanninen, Hannu Koskinen, Allan Rosas, Maija Sakslin ja Kaarlo Tuori [toim.]: Puhuri käy. Muuttuva suomalainen ja eurooppalainen valtiosääntömme, Heikki Karapuu 30.12.1944 – 15.6.2006, Edita, 2008 (ilmestyy kesällä 2008).

valossa. Osuudessa ”Oikeusteoreettinen analyysi” käydään läpi oikeusteoreettisia teemoja, joiden lähempi tarkastelu on tutkimusartikkelien yhteenvedon perusteella aiheellista suhteuttaen niitä erityisesti oikeuspositivismin uudempia virtauksia (analyyttinen, institutionaalinen ja kriittinen oikeuspositivismi) edustavaan kirjallisuuteen.

1.4. Tutkimuksen metodista ja lähtökohdista

Artikkeliosan tekstit eivät siis ole eurooppaoikeudellisia¹⁷, mikäli tällä käsitteellä tarkoitetaan EU-oikeuteen taikka EU-oikeuden, Euroopan ihmisoikeussopimuksen ja Euroopan talousalueen muodostamaan kokonaisuuteen kohdistuvaa oikeusdogmaattista (lainopillista) tutkimusta; niiden tavoitteena ei ole tulkintasuositusten esittäminen tai oikeuslähteiden sisällön systematisointi tavalla, joka loisi edellytyksiä normatiivisesti justifioitujen kannanottojen esittämiseen niiden pohjalta. Sinänsä artikkeliosan kirjoituksiin sisältyy ainesta, joka olisi voitu julkaista myös teoreettiseksi lainopiksi luokiteltavissa tutkimuksissa.

Kysymys on pikemminkin tietyn oikeudellisen kehityksen kuvaamisesta näkökulmasta, jota ei voida pitää sen enempää empiirisenä yhteiskuntatieteenä kuin normatiivisena lainoppinakaan. Tämänkaltaisia puheenvuoroja on perinteisesti sisältynyt yleisen oikeustieteen tai vertailevan oikeustieteen oppiaineiden piiriin kuuluviin tutkimuksellisiin tai pedagogisiin esityksiin. Näin ollen ei voida välttää kysymystä artikkeliosan kirjoitusten metodista ja lähdepohjasta sekä kirjoittajan oikeusteoreettisesta taustasta.

Eurooppaoikeudellisessa kontekstissa oikeusteorian raja suhteessa teoreettiseen valtio-oikeuteen tai poliittiseen teoriaan on epämääräinen. Tästä seuraa sanottuja asioita koskevan tutkimuskirjallisuuden massiivisuuden vuoksi myös mahdollisuus pyrkiä minkäänlaiseen kattavuuteen hyväksi käytetyssä kirjallisuudessa. Esimerkiksi *René Barentsin* ilmoituksen mukaan sana *supranational* on yli 300 oikeudellisen ja poliittisen julkaisun otsikossa, kun taas käsite perustuslaki tai vastaava termi löytyi jo vuonna 1999 yli 800:sta Euroopan integraatiota käsitelleestä julkaisusta.¹⁸ Näin ollen tutkijan on myönnettävä, että hänen keskustelukumppaninsa valikoituvat pohjimmiltaan sattumanvaraisesti, eikä hänen ole syytä olettaa esittävänsä mitään sellaista ajatusta, jota joku ei jo mahdollisesti ole ehtinyt julkaista jossakin tutkijan huomion välttäneessä lähteessä.

Stephan Körner erottaa toisistaan käsitteellisesti *analyysin* ja *spekulaation*. Hänen mukaansa analyysi tarkoittaa sitä, mitä tietty materiaali loogisesti implikoi (*imply*), kun taas spekulaatiossa esitetään todellisuutta koskevia tuloksia, joihin lähdeaineisto pelkästään vihjaa tai joita se ehdottaa (*suggest*). Analyysi voi puolestaan olla esittävää (*exhibition analysis*), jolloin sen

¹⁷ Ojaseen mukaan eurooppaoikeus tarkoittaa suppeassa merkityksessä EY-oikeutta, laajassa merkityksessä EU-oikeutta ja Euroopan neuvoston oikeutta. Ojaneen 2006 s.5–8. Raitio puhuu eurooppaoikeudesta sen sijaan nimenomaan Euroopan unionin oikeuslähteisiin kohdistuvana tutkimuksena. Raitio 2006 s.11.

¹⁸ Barents s. 23, alaviite 8, ja s. 275, alaviite 4.

tehtävänä on kuvata kohdeilmiön rakenne, tai korvaavaa (*replacement analysis*), jolloin se korvaa jostakin päteväksi oletetusta näkökulmasta puutteelliseksi koetun kohteen (*analysandum*) rekonstruktiolla (*analysanssilla*), joka täyttää analysandumin tehtävät, mutta on vailla kysymyksessä olevaa puutetta.¹⁹

Oikeusteoriassa puhdas looginen analyysi on (useimmille oikeustieteellisen koulutuksen saaneille) teknisesti vaikeaa ja ehkä usein myös mielenkiinnostonta. Toisaalta pelkkä kohdeilmiötä koskevien väitteiden esittäminen ilman niiden jonkinasteista kontrolloitavissa olevaa johtamista lähdeaineistosta voi synnyttää ajatusrakennelmia, jotka eivät kestä lähempää kriittistä tarkastelua. Näin päädytään asetelmaan, jossa oikeusteoreetikon on kyettävä sopivassa suhteessa sekoittamaan analyysiä käsitteen edellä mainituissa molemmissa merkityksissä ja spekulatiota niin, että tuloksena saatava kuvaus kohdeilmiöstä (rationaalinen rekonstruktio)²⁰ on sekä perusteltu että informatiivisempi kuin pelkästään lähdeaineiston sisällön toistamisella saatava.

Tutkimukseni yhteenveto-osaan ei mielestäni sisälly erityisiä metodisia ongelmia, jos erityisellä tarkoitetaan jotain enemmän ongelmallista kuin oikeusteoreettiseen tutkimukseen yleensä sisältyy. Karrikoiden voidaan todeta, että oikeusteoreetikko lukee tekstejä, tulkitsee niitä ja esittää niiden kuvaaman ilmiön muussa, yleensä abstraktimmassa käsitteellisessä järjestelmässä. Esimerkiksi *H.L.A.Hartin* näkemys oikeusjärjestyksestä primääri- ja sekundäärisääntöjen yhdistelmänä on analyttisen filosofian 1950-luvun käsitteistöä ja metodologiaa soveltava rationaalinen rekonstruktio Hartille eri lähteiden perusteella syntyneestä käsityksestä siitä, mistä olemassa olevissa oikeusjärjestyksissä on kysymys.

Pyrin Hart-esimerkillä perustelemaan ajatusta, jonka mukaan oikeusteoriassa kuten filosofisessa tutkimuksessa yleensäkin on legitimiä²¹ esittää kohdeilmiötä – Hartin tapauksessa oikeuden käsitettä – koskevia väitteitä johtamatta niitä jotain määriteltyä metodologiaa hyväksi käyttäen tietystä julkisesti kontrolloitavissa olevasta lähteistöstä, vaikka kysymys ei olisi pelkästään käsitteellisestä analyysistä, vaan välillisesti myös (empiirisesti) olemassa olevia ilmiöitä koskevista teoreettisista väitteistä. Sen sijaan suoremmin kuin käsitteellisen analyysin kautta tiettyä ”empiiristä” ilmiötä koskevien väitteiden esittäminen tutkijan yksityiseen tietoon tai spekulatioon nojautuen on ongelmallista tieteellisen tutkimuksen pelisääntöjen valossa: tuol-

¹⁹ Ks. Körner s. 2–3.

²⁰ Käytän käsitettä rationaalinen rekonstruktio suurin piirtein samassa merkityksessä kuin edellä selostettu Körnerin korvaava analyysi (*replacement analysis*), mutta hyväksyn siis analysanssiin mahdollisesti sisältyvän spekulatiivisen aineksen. Tämä käytötapa poikkeaa esim. Ullman-Margalitin kielenkäytöstä, jossa rationaalinen rekonstruktio on tutkimuksessa omaksuttujen maailmaa ja ihmisluontoa koskevien *common sense* –tyyppisten oletusten perusteella annettu filosofinen eksplikaatio sille, että tietty tapahtuma on mahdollinen. Ks. Ullman-Margalit s. 1–5.

²¹ Tämän ajatuksen oikeellisuus voidaan sinänsä asettaa kysymyksenalaiseksi. Esimerkiksi Dworkin syyttää Hartia käsitteellisen analyysin ja empiirisen deskription suhteen virheellisestä ja sekavasta ymmärtämisestä. Hartin kanta on Dworkinin mielestä oikeuden normatiivisuuden käsittämisen kannalta harhaanjohtava. Ks. Dworkin, *Justice* s.164–168. Toisaalta McCormick viittaa siihen, että Hartin esittämille empiirisille oletuksille ei välttämättä löydy evidenssiä. Ks. McCormick 2007 s.65–66.

loin raja intersubjektiivisesti kontrolloitavan tiedon ja ”nojatuolifilosofian” välillä hämärtyy tavalla, jota ainakin postmodernia tieteenfilosofiaa edeltävässä ajattelussa on pidetty vaikeasti hyväksyttävänä.

Tässä tutkimuksessa intersubjektiivisen kontrolloitavuuden ongelma koskee lähinnä sitä, että artikkeliosassa nojaututaan jossakin määrin kirjoittajan elämäkokemuksensa kautta saamaan yksityiseen tietoon, tarkemmin sanottuna käsityksiin, jotka ovat syntyneet ”osallistuvan havainnoinnin” tuloksena Suomen integraatiokehitykseen liittyvissä eri tehtävissä.²² Kun esimerkiksi väitän artikkelissa 3²³, että Suomessa EU-liittymisneuvottelut olivat ETA-sopimuksen vuoksi helpommat kuin EY:n aikaisemmissa laajentumisissa, väitteessä on kysymys päätelmästä, jonka pohjana on pääasiassa allekirjoittaneella aikaisemmista laajentumisista oleva anekdotaalinen tieto yhdistyneenä omakohtaiseen kokemukseen vuoden 1994 liittymissopimukseen johtaneesta prosessista. Tutkimuksen kokonaisuudessa empiiristen Suomen oikeusjärjestystä ja sen kehitystä koskevien oletusten ja väitteiden roolina on kuitenkin tukea oikeusteorian tasolle sijoittuvia analyttisiä tai edellä *Körnerin* tarkoittamassa merkityksessä spekulatiivisia kannanottoja. Sen vuoksi en pidä mainitsemaani asiaa ylivoimaisena heikkoutena, vaikka se on epäilemättä katsottava potentiaalisesti johtopäätösteni perusteltavuutta horjuttavaksi seikaksi.

Oikeusteoreettiset lähtökohtani sijoittuvat loogis-analyttisen filosofian ja analyttisen oikeusteorian perinteeseen. Tämä pitää sisällään negatiivisen ja positiivisen määritelmän. Sitoutuminen analyttiseen perinteeseen *tarkoittaa* ajattelun ja kielenkäytön kurinalaisuuden arvioimista, uskoa käsitteellisen täsmällisyyden ja päättelyjen loogisuuden hyödyllisyyteen keinona välttää epäselvästä kielenkäytöstä johtuvia virhepäätelmiä ja näennäisongelmia sekä pyrkimystä metafysiisten eli teoreettisia tai käytännöllisiä seurauksia vailla olevien kysymyksenasettelujen välttämiseen. Sitoutuminen analyttiseen perinteeseen *ei* sen sijaan *tarkoita* näkemystä, jonka mukaan mielenkiintoiset filosofiset tai teoreettiset kysymykset olisivat ainoastaan kielellisiä tai palautettavissa sellaisiksi. Analyttinen lähestymistapa ei sulje pois esimerkiksi oikeudenmukaisuuden tarkastelua asiana, ei pelkästään käsitteenä, tai vaikkapa peliteoreettisten tai marxilaisten metodisten välineiden hyväksikäyttöä yhteiskuntatutkimuksessa. Pohjimmiltaan analyttisessä lähestymistavassa lienee ehkä enemmän kysymys tutkimuksen tekemisen ja sen tulosten esittämisen tyylistä kuin tutkimuksen substanssia rajaavasta metodologiasta.

Oikeusteoreettisesti analyttisestä peruslähtökohdastani seuraa näkemys, jonka mukaan oikeusteorian tasolla ei tule esittää väitteitä, jotka sulkevat pois tiettyjä positiivisoikeudellisia

²² Osallistuin ETA-sopimukseen liittyviin valmisteluihin kesästä 1989 oikeusministeriön, marraskuusta 1989 ulkoasiainministeriön edustajana. Syyskuusta 1990 helmikuuhun 1995 toimin oikeusministeriön ETA-yksikön nykyisen eurooppaoikeuden yksikön-päällikkönä; samaan ajanjaksoon sisältyy myös jäsenyys Suomen EU-jäsenyysneuvottelujen neuvotteluvaltuuskunnassa. Maaliskuusta 1995 kesäkuuhun 2000 toimin valiokuntaneuvoksen vakanssilla eduskunnan suuren valiokunnan sihteerinä EU-asioiden käsittelyssä sekä eduskunnan EU-sihteeristön päällikkönä.

²³ Jääskinen 2001 b s. 606

vaihtoehtoja. Esimerkiksi *Uta Bindreiter* katsoo²⁴, että loogisesti EU-oikeuden ja kansallisen oikeuden välinen suhde jommankumman etusijan tunnustaen on mahdollista vain joko käsittelemällä EU-oikeutta valtiosopimus-oikeutena sen autonomia sivuuttaen tai sitten ottamalla kansalliseen valtiosääntöön eksplisiittisesti EU-oikeuden etusijan tunnustava ”subjugaatio-säännös”. Tällöin Suomen valtiosäännön omaksuma ratkaisu, jossa EU-oikeus on supistetussa perustuslain käsittelyjärjestyksessä säädetyn poikkeuslain nojalla voimassa valtiosääntö-oikeudellisena *lex specialiksena*, näyttäytyy ”loogisesti” mahdottomana. Toinen esimerkki oikeusteorian postuloimattomasta ”käsitteellisestä” mahdottomuudesta on *Werner Schroederin* näkemys, jonka mukaan valtiosopimuksen muuttamisnormi ei voi toimia koko sopimuksen kumoamisen oikeusperustana.²⁵ Kuitenkin perustuslakisopimus olisi voimaan tullessaan kumonnut voimassa olevat perussopimukset. On vaikea nähdä, että tämä olisi tapahtunut jollakin muulla oikeusperusteella kuin unionisopimuksen 48 artiklan nojalla, kun menettelyssä oli tarkoitus noudattaa mainittua artiklaa ja perustuslakisopimus jätti unionin vanhan sekundäärlainsäädännön ja osan primäärinormistosta voimaan ja merkitsi myös Euratom-sopimuksen muuttamista.²⁶

Oikeudellisen todellisuuden – miten se sitten määritelläänkin – tulee kontrolloida oikeusteorian tasolla omaksuttavia kannanottoja, ei päinvastoin. Sen, mikä on mahdollista käytännössä, pitää olla mahdollista myös teoriassa. Tähän sisältyy toisesta näkökulmasta *oikeuspositivisti-nen* perusasettaus. Kelsen muotoili sen väitteeksi, että positiivinen oikeus voi sisällöltään olla minkälaista tahansa.²⁷ Itse puhun mieluummin oikeuspositivismin vähimmäissisällöstä eli siitä, että oikeuden sisältöä voidaan muuttaa tietoisella päätöksenteolla, vaikka sinänsä oikeutta syntyy myös ilman, että kysymys olisi sen sisällön tarkoituksellisesta muovaamisesta. Oikeusjärjestyksen sisällöllä ei siten ole käsitteellisiä rajoja, jotka johtuisivat esimerkiksi moraalista, politiikasta, taloudesta tai muusta oikeuden ulkopuolisesta järjestyksestä.²⁸ Tällä ei sul-

²⁴ Ks. Bindreiter s. 201.

²⁵ Ks. Schroeder s. 370: ”Ein Verfahren zur Auflösung oder Revision der Verträge über Art. 48 EUV hinaus ist in den Verträgen nicht enthalten. Das dort geregelte Vertragsänderungsverfahren bietet keine Grundlage für deren Aushebung und Ersetzung durch einen komplett neuen Vertrag.“ (korostus alkutekstissä – NJ). Kysymys on hänellä osa laajempaa argumentaatiota sen puolesta, että yhteisön oikeudessa olisi sellainen konstitutionaalinen ydin (*Verfassungskern*), joka ei olisi kumottavissa perustamissopimusta muuttamalla. Ks. Schroeder s. 366–383.

²⁶ Ks. Piris s. 56–66. Perustuslakisopimukseen ja myös Lissabonin sopimukseen sisältyviä, Schroederin mainitsemaa muuttamatonta valtiosääntöydintä muuttavia kohtia ovat yhteisön olemassaolon päättyminen sekä luopuminen ”yhä läheisemmästä liitosta” yhdentymisen kaukopäämääränä. Lissabonin sopimus mahdollistaa lisäksi eksplisiittisesti unionille siirrettyjen toimivaltojen palauttamisen jäsenvaltioille.

²⁷ Ks. Kelsen RR s. 201, Kelsen GLS s. 113.

²⁸ MacCormickin huomio (MacCormick 2007 s.73), jonka mukaan oikeuden sisältö on monilla tavoin sidottu yhteiskuntatodellisuuteen ja vallitseviin moraalikäsitteisiin, on mielestäni triviaali ja irrelevantti tässä yhteydessä. Oikeuden tehtävänä on tietysti säännellä inhimillistä toimintaa ja kiteyttää ja tehostaa positiivista moraalista ja sosiaalisia normeja. Tätä ei kukaan voine kiistää. Kelsenin ja oikeuspositivistien teesinä on kuitenkin se, että oikeus on kontingenttia ja siinä merkityksessä mielivaltaista, että sen luomat distinktiot oikeusjärjestyksen mukaisuuden tai sen vastaisuuden välillä ovat käsitteellisesti autonomisia. Valaiseva esimerkki tästä on vaikkapa kysymys aviovaimon raiskaamisesta, joka tuli Suomessa rangaistavaksi rikoslain muutoksella vasta vuonna 1994 ja Englannissa oikeuskäytännön muutoksen kautta vuonna 1991 (Ks. McLeod s. 138–139). Pakottaminen väkivalloin sukupuoliyhteyteen lienee väärä, jonka kiellon voinee turvallisesti katsoa kuuluvan luonnonoikeuden vähimmäissisältöön (*mala in se*). Kuitenkin kiellon mukaisen suojan ulottaminen naimisissa oleviin naisiin on

jeta pois kausaalisia vuorovaikutussuhteita tai sisällöllisiä viittaussuhteita oikeusjärjestyksen ja sen ulkopuolisten toiminnallisten järjestelmien välillä.

Käsitteellisen selkeyden ja yhteiskunnallisen kriittisyyden mahdollistamiseksi pidän kuitenkin perusteltuna oikeusteoreettista perusasennetta, jossa epämoraalista, epädemokraattista tai taloudellisesti tehotonta oikeutta pidetään käsitteellisesti mahdollisena. Silloin meillä on mahdollisuus pitää totuudenmukaisina myös sellaisia oikeuden sisältöä koskevia väitteitä, joiden kuvaama oikeudellis-normatiivinen todellisuus on moraalisesti hylättävä, ja saada sitä kautta tilaisuus älyllisesti rehelliseen oikeudelliseen diskurssiin. Esimerkkinä tästä voidaan esittää lauseet ”aviovaimon raiskaaminen ei ollut rangaistavaa Suomessa ennen vuotta 1994”, ”orjuus oli Yhdysvalloissa perustuslain mukaista aina sisällissotaan saakka”, ”Yhdysvalloissa on voimassa kuolemanrangaistus useimmissa osavaltioissa”, ”köyhillä ei Suomessa ollut poliittisia oikeuksia ennen vuotta 1906” tai ”Suomessa vaikeavammaisten nuorten kohdalla ei ole voimassa perustuslain 9 §:n takaama oikeus asuinpaikan valitsemiseen, koska vammaispalvelulain mukaisen asumispalvelun järjestämisen tapa on kunnan harkinnassa.” Ei-positivistisen, esimerkiksi dworkinilaisen oikeusteorian kannattaja ei voi – ainakaan varauksitta - hyväksyä näitä lauseita totuudenmukaisiksi kuvauksiksi oikeuden sisällöstä. Samalla hän ajautuu yhteiskunnallisesti omalaatuiseen haamutodellisuuteen.²⁹

1.5. Oikeuden eurooppalaistumisen merkitysvaihtoehtoista

Käsitettä oikeuden eurooppalaistuminen voidaan käyttää ja käytetään monessa eri merkityksessä. Selkeä ja pohjimmiltaan kvantitatiivinen käytötapa koskee Euroopan unionista peräisin olevan normatiivisen aineksen roolia; kuinka suuri osa sovellettavasta lainsäädännöstä on peräisin unionista, kuinka monessa korkeimman hallinto-oikeuden päätöksessä vuosittain sovelletaan EU-oikeutta, onko eurooppaoikeudella riittävä asema oikeustieteellisessä opetuksessa, kun otetaan huomioon oikeuden eurooppalaistuminen. Eurooppalaistuminen näyttäytyy siten oikeuslähdepohjan muutoksena ja sen heijastumisena oikeuden soveltamiseen.

voinut tapahtua kehittyneissäkin oikeusjärjestyksissä vasta viime vuosikymmenellä. Vastaavia esimerkkejä voi esittää esimerkiksi lasten pahoinpitelyn tai mielenterveyspotilaiden oikeuksien kohdalla. Tämä osoittaa sitä, mitä Kelsen (Kelsen, RR s 118). tarkoitti ajatuksella, että oikeudellisesti ei ole mala in se-rikoisia vaan pelkästään mala prohibita-tyyppisiä. MacCormickin uusin versio institutionaalisesta oikeuspositivismista rehabilitoi muun muassa tämän erottelun (s.213–215) sekä ajatuksen esineoikeuksista esineisiin kohdistuvina, eikä sivullistahoa vastaan suojattuina hohfeldilaisina oikeuksina (s.141–146). Tässä näkyy institutionaaliseen oikeuspositivismiin mielestäni yleisemminkin sisältyvä potentiaali elvyttää erilaisia ”pölyttyneitä klassikotulkintoja” ja siten hämärtaa 1900-luvun oikeuspositivismin ansiosta saavutettua oikeusajattelun käsitteellistä selkiintymistä. Tällä en tarkoita kiistää sen ansioita institutionaalisessa käyttäytymisessä ilmenevien kielitekojen oikeusteoreettisen merkityksen oivaltamisessa.

²⁹ MacCormick on toisaalta huomannut, että epämoraalisina ja siksi pätemättöminä oikeusnormeina pidettyjä lakeja ei löydetä ajallisesti tai maantieteellisesti läheltä. Hän viittasi siihen, että ylähuone kieltäytyi tunnustamasta oikeusvaikutuksia Natsi-Saksan lainsäädännölle, joka riisti Saksan kansalaisuuteen perustuvat oikeudet ei-arjalaisilta. Se ei kuitenkaan pitänyt ongelmallisena Yhdistyneen Kuningaskunnan 1960-luvulla omaksumaa kansalaisuuslainsäädäntöä, joka riisti siirtomaista peräisin olevilta Britannian kansalaisilta kuten Itä-Afrikan intialaisilta oikeuden asettua Brittein saarille ja oikeutti heidän maasta poistamisensa hallinnollisella määräyksellä. Ks. MacCormick 1982 s. 54–56.

Oikeuden eurooppalaistumisella voidaan viitata myös oikeuden normatiivista pintaa syvempänä olevaa tasoa koskeviin ilmiöihin. Miten Suomen EU-jäsenyys vaikuttaa tuomioistuinten soveltamiin tulkintametodeihin tai oikeustieteessä vakiintuneisiin yleisiin oppeihin? Miten EU-oikeus vaikuttaa oikeudellisiin käsitteisiin, periaatteisiin ja systematiikkoihin? Onko vaikutus erilaista eri oikeudenaloilla?

Oikeuden eurooppalaistuminen voidaan nähdä myös yhteydessä Euroopan unionin ja sen jäsenvaltioiden *poliittisten hallintajärjestelmien* muutokseen. Eurooppalaistuminen tarkoittaa vallankäytön siirtymistä osittain pois kansallisista poliittisista ja oikeudellisista rakenteista EU-tason rakenteisiin ja samalla sen logiikan vaihtumista uudenlaiseksi. Suomalaisessa keskustelussa *Satu Paasilehto* on ymmärtänyt eurooppalaistumisen tällä tavoin kansallisten politiikkojen sopeuttamiseksi eurooppalaisiin tavoitteisiin.³⁰

Määrittelin artikkelissa 3³¹ Suomen oikeusjärjestyksen eurooppalaistumisen 1980-luvulla alkaneeksi kehitykseksi, joka osana laajempaa ulko-, talous- ja yhteiskuntapoliittista pyrkimystä on tähdännyt ja johtanut Suomen muuttumiseen ”tavalliseksi” länsieurooppalaiseksi valtioksi myös oikeuden alalla. Artikkelissa oikeuden eurooppalaistuminen nähtiin siten laaja-alaisemmaksi kuin pelkästään unionioikeuden omaksumiseksi, joskin tarkastelun pääpaino oli nimenomaan EU-oikeuteen liittyvissä kysymyksissä. Artikkelin laaja-alaista eurooppalaistumisen määritelmää perusteli tarve käsitellä EU-oikeuden omaksumista Suomessa osana laajempaa prosessia, jossa keskeisellä sijalla oli myös Euroopan ihmisoikeussopimuksen vaikutus sekä sen ja EU-oikeuden yhteisvaikutukset valtiosäännön kehittymiseen.

Tutkimuksen yhteenvedo-osassa oikeuden eurooppalaistumisen käsitteellistämisen lähtökohdaksi on EY-tuomioistuimen oikeuskäytäntöön perustuva ”ortodoksinen” käsitys EU-oikeuden ja kansallisen oikeusjärjestyksen suhteesta. EY-tuomioistuimen mukaan EU-oikeus on jäsenvaltioiden alueella voimassa oleva oikeusjärjestys, joka velvoittaa sen itsensä määräämällä tavalla jäsenvaltioita ja niiden viranomaisia sekä jäsenvaltioiden oikeudenkäyttöpiirissä olevia yksityisiä ja julkisia oikeussubjekteja. Kansalliset tuomioistuimet ovat velvollisia huolehtimaan siitä, että EU-oikeutta sovelletaan ja että siihen perustuville vaateille saa tehokasta oikeussuojaa. Usein toistetun fraasin mukaan kansallinen tuomari on myös yhteisön (unionin) tuomari. Vaikka EU-oikeus onkin tässä merkityksessä tavallaan osa kansallista oikeusjärjestystä, se ei kuitenkaan sulaudu siihen vaan säilyttää erityisluonteensa EU-oikeutena. Sen pätevyys- ja sovellettavuusperusteet samoin kuin tulkintaperiaatteet juontuvat nimenomaan EU-oikeudesta ilman, että kansallinen oikeus vaikuttaisi niihin.³² Olennaista on siten EU-oikeuden autonomisuus eli itse itseensä viittaava (*self-referential*) luonne ja samansisältöisyys tai yhdenmukaisuus (*homogeneity*) kaikkialla unionissa. Tämän turvaamiseksi toimivalta tul-

³⁰ Paasilehto s. 162–163. Tämän kaltainen käsitteen eurooppalaistuminen käytötapa on tietysti luonteenomaista politologiselle kirjallisuudelle. Ks. esim. Eurooppalaistuminen (passim.) ja Olsen 68–91, 227–251.

³¹ Jääskinen 2001 b s. 604.

³² Ks. Isaac–Blanquet s. 262, 265, Barents s. 244, 253–256.

kita EU-oikeutta on yksinomaan EY-tuomioistuimella, jolta toisaalta puuttuu toimivalta soveltaa tai tulkita jäsenvaltioiden (puhtaasti) kansallista oikeutta.³³

EU-oikeuden ja kansallisen oikeuden suhde on siten *epäsymmetrinen*. EU-oikeuden kannalta kansallisella oikeudella ei ole itsenäistä normatiivista vaikutusta: EY-tuomari on vain EU-tuomari. Kansallisella tasolla sovellettavina ovat sen sijaan sekä EU-oikeus että kansallinen oikeus. Kansallinen tuomari on sekä EU-tuomari että kansallinen tuomari, ja täten velvollinen ”palvelemaan kahta herraa”, vaikka tämä on Matteuksen (6:24) ja häntä seuraavan Kelsenin mukaan mahdotonta.³⁴

Tässä tutkimuksessa oikeuden eurooppalaistuminen ymmärretään nimenomaan *normatiiviseksi epäsymmetriaksi*, jossa jäsenvaltion näkökulmasta on voimassa, on sovellettavana tai velvoittaa kaksi oikeusjärjestystä, jotka eivät muodosta yhtä oikeusjärjestystä siinä merkityksessä, että ne olisivat yhdessä yksi suurempi kokonaisuus tai että toinen niistä olisi toisen osa. Tällä tavalla ymmärrettyä oikeuden eurooppalaistuminen voidaan kuvata *Tuorin* kriittisen oikeuspositivismin tasojaottelun eri tasoilla ilmenevänä ilmiönä tai prosessina³⁵; toisaalta sitä voidaan yrittää operationalisoida käyttäen hyväksi oikeuspositivistisen oikeusteorian piirissä esitettyjä käsitteitä kuten tunnistamissääntö tai perusnormi, jolloin eurooppalaistuminen tarjoaa mahdollisuuden arvioida kriittisesti näiden käsitteiden teoreettista perusteltavuutta.

EU-oikeuden ja kansallisen oikeuden epäsymmetria vastaa nähdäkseni vallitsevaa käsitystä ja EY-tuomioistuimen *Van Gend en Loos*-tuomiosta³⁶ alkanutta oikeuskäytäntöä, jossa yhteisön oikeutta on luonnehdittu uudeksi ja itsenäiseksi oikeusjärjestykseksi suhteessa kansallisiin oikeusjärjestyksiin ja kansainväliseen oikeuteen. Toisinaan, esim. *Francovich*³⁷- ja *Zwartfeld*³⁸-tuomioissa, EY-tuomioistuin on kuitenkin puhunut yhteisön oikeudesta itsenäisenä oikeusjärjestyksenä, joka kuitenkin kuuluu jäsenvaltioiden oikeusjärjestyksiin niiden olennaisena osana.³⁹ Onko määritelmien välillä kysymys loogisesta ristiriidasta vai pikemminkin seli-

³³ Ks. Barents s. 259–265. EY-tuomioistuin on kuitenkin pitänyt itseään toimivaltaisena tulkitsemaan täysin kansallisiin tilanteisiin liittyviä kansallisia säännöksiä, sikäli kuin niiden sisältämät käsitteet ovat tarkoituksellisesti identtisiä yhteisön säädöksen kanssa. Ks. *Europeanisation of Public Law* s. 265.

³⁴ Kelsen (RR s.329–330) viittaa Matteuksen evankeliumiin pitäessään mahdottomana sitä, että kaksi normatiivisesti pätevää järjestystä voisi olla ristiriidassa keskenään. Tämä kanta johtaa hänet monismiin kansainvälisen oikeuden ja valtionsisäisen oikeuden välisessä suhteessa sekä oikeudesta erillisen moraalien normatiivisen pätevyyden kiistämiseen.

³⁵ Kaarlo Tuorin kriittiseen oikeuspositivismin sisältyvä oikeuden tasomalli lähtee siitä, että oikeudessa on normatiivinen pinta sekä sitä selittävä ja jäsentävä syvärakenne. Pintaan kuuluvat normatiiviset oikeudelliset käytännöt (lainsäädäntö, oikeuskäytäntö, oikeustiede) ja niiden tuottamat representaatiot. Oikeuskulttuuri, joka tavallaan sijoittuu pinnan ja syvärakenteen väliin, edustaa lakimiesprofessiossa elävää praktista, esiyymmärryksen kaltaista tietoa, joka voidaan kuitenkin tuoda tietoisuuteen diskursiivisena tietona. Oikeuden syvärakenne edustaa oikeuskulttuurin taustalla olevaa, oikeusperiaatteisiin ja oikeuskäsitteisiin kiteytyvää oikeudellisen ajattelun hitaasti muuttuvaa perustaa. Oikeuden eri tasojen välinen vuorovaikutus on Tuorin mukaan pinnalta syvemmälle tapahtuvaa sedimentaatiota ja päinvastaisessa suunnassa ilmenevää konstituutiota. Ks. Tuori 2000 s. 163–233.

³⁶ Asia 26/62, ECR 1963 s. 1, suomenkielinen erityispainos s. 161.

³⁷ Yhdistetyt asiat C-6/90 ja C-9/90, ECR 1991 s. I-5357, suomenkielinen erityispainos s. I-467.

³⁸ Asia C-2/88, ECR 1990 s. I-3365, suomenkielinen erityispainos s. 509.

³⁹ Ks. Weyland s. 29–30 tästä ristiriidasta.

tystä vaativasta oikeusteoreettisesta ongelmasta, riippuu valittavasta perspektiivistä. Tämän tutkimuksen lähtökohtana on jälkimmäinen käsitys.

Tutkimusartikkelien yhteenveto⁴⁰

2. Suomen oikeuden eurooppalaistumisesta

2.1. Oikeuden eurooppalaistumisen kolme aaltoa

Oikeusjärjestyksen eurooppalaistuminen ymmärrettiin artikkelissa 3 – kuten edellä on todettu – Suomen muuttumiseksi oikeudellisesti ”tavalliseksi” länsieurooppalaiseksi maaksi. Katsoin tämän prosessin jakautuneen ajallisesti kolmeen aaltoon, joiden vaihtuminen ei ollut tarkkara-jaista.⁴¹

Eurooppalaistumisen ensimmäinen aalto, jolle annoin nimityksen *Suomi eurokuntoon*, sijoittui mielestäni vuosiin 1981–1989. Tämä aalto oli vaivihkainen ja vaikeasti havaittavissa. Jälkikäteen oli mahdollista tulkita monet 1980-luvulla toteutuneista muutoksista ilmauksiksi eurooppalaistumisen eli länsieurooppalaisen normaaliuden tavoittelusta. Ajanjaksolle oli tunnusomaista eräänlainen henkinen valmistautuminen Euroopan neuvoston jäsenyyteen ja taloudelliseen yhdentymiseen. Tuolloin lainsäädännössä ja oikeuskäytännössä alettiin kiinnittää huomiota perus- ja ihmisoikeuksiin. Taloudellista toimintaa ja julkishallintoa koskeneissa uudistuksissa korostettiin kilpailua ja rajoitusten poistamista. Aikakaudelle oli tunnusomaista eurooppalaistumisen ymmärtäminen tuolloin muutoinkin ajankohtaiseksi *deregulaatioksi*. Seuraavaan aaltoon sijoittuneen ETA-prosessin aikana ymmärrettiin, ettei markkinatalous tarkoittanut samaa asiaa kuin sääntelemättömyys, vaan eurooppalaistuminen paljastui myös *reregulaatioksi*.⁴²

Eurooppalaistumisen seuraavalle, vuosiin 1989–1994 sijoittuvalle aallolle antamani nimitys *Direktiivien maihinnousu* on ehkä siinä merkityksessä harhaanjohtava⁴³, että tämän aallon toteutumisen kannalta ratkaiseva merkitys oli käsitykseni mukaan Suomen liittymisellä Euroopan neuvoston ihmisoikeussopimukseen ja siihen liittyneillä voimaansaattamis- ja lainsäädäntöratkaisuilla.

Euroopan neuvostoon liittymisellä ja ihmisoikeussopimuksen voimaansaattamisella oli suuri prejudikaattiarvo myöhemmille integraatoratkaisuille. Prosessi osoitti, että ulkopoliittisen prioriteetin sitä edellyttäessä oli mahdollista olennaisesti nopeuttaa kansallista lainvalmistelua ja lainsäädäntöprosessia. Samalla saatiin arvokasta kokemusta eri ministeriöiden lainvalmistelun koordinoinnista sekä tehokkaasta yhteistyöstä ministeriöiden kesken ja valtioneuvoston ja

⁴⁰ Luvuissa 2 – 4 esitettävässä tutkimusartikkelien yhteenvedossa ei enää erikseen viitata artikkeleissa jo viitattuihin lähteisiin, vaan viittaukset kohdistuvat itse artikkeleihin sekä niitä täydentäviin lähteisiin.

⁴¹ Jääskinen 2001 b s. 603.

⁴² Jääskinen 2001 b s. 603–604.

⁴³ Edesmennyt Matti Wuori katsoi minun vähättelevän Euroopan neuvostoon liittymisen merkitystä taloudelliseen yhdentymiseen verrattuna. Pyrin oikaisemaan tuon käsityksen. Ks. Advokaatti-lehdessä syksyllä 2001 käyty mielipiteenvaihto.

eduskunnan valiokuntien välillä. Ihmisoikeussopimukseen liittymisessä luotiin myös malli, jossa ylikansalliseen yhteistyöhön liittyvä syvällisesti vaikuttava ja laaja-alainen sopimusjärjestely saatettiin voimaan supistetussa perustuslainsäätämisyjärjestyksessä säädetyllä blankettilailla ja sitä täydentävällä asiasisältöisellä harmonisointilainsäädännöllä. Tätä mallia sovellettiin myös ETA-sopimuksen ja EU-liittymissopimuksen käsittelyssä. Ihmisoikeussopimuksen voimaansaattamisen yhteydessä käytiin periaatekeskustelu suhtautumisesta sellaiseen täysivaltaisuuden rajoittamiseen, joka seuraa alistumisesta ylikansalliseen lainkäyttö- ja valvontajärjestelmään. Suurella yksimielisyydellä tapahtunut ihmisoikeusregiimin hyväksyminen helpotti myöhempää, huomattavasti ristiriitaisemmin vastaanotettua taloudellista integraatiota. Ihmisoikeussopimuksen voimaansaattamisesta alkoi kehitys, jossa perusoikeusuudistuksen, ETA-sopimuksen, EU-jäsenyyden ja uuden perustuslain kautta on päädytty tilanteeseen, jossa suomalaisille tuomioistuimille on myönnetty oikeus syrjäyttää eduskuntalain soveltaminen yksittäistapauksessa, jos se on ristiriidassa EY-oikeuteen tai perustuslakiin sisältyvän normin kanssa.⁴⁴

Ihmisoikeussopimukseen liittyminen toimi katalysaattorina perusoikeusuudistukselle, koska muutoin olisi ollut vaarana, että kansallinen perusoikeusjärjestelmä olisi kokonaan joutunut jättämään näyttämön eurooppalaiselle järjestelmälle. Ihmisoikeussopimuksen voimaansaattaminen antoi myös hyvän pohjan modernille kansalliselle perusoikeusjärjestelmälle, jossa ihmisoikeussopimusta vastaavaan tai sen ylittävään suojatasoon yhdistyivät taloudelliset, sosiaaliset ja sivistykselliset perusoikeudet (TSS-oikeudet). Ihmisoikeussopimuksen ja kesällä 1995 voimaan tulleen perusoikeusuudistuksen seurauksena alkoi syntyä oikeuskäytäntöä, jossa viitataan perus- ja ihmisoikeuksiin sekä tulkitaan oikeusjärjestystä niiden valossa. Tämä lainsäädännön tulkintaa ja soveltamista ohjaava vaikutus on kuitenkin erilaista eurooppalaistumista kuin EU-oikeudesta seuraava materiaalsen oikeuden sisällön muuttuminen.⁴⁵

Keskeisin osa eurooppalaistumisen toista aaltoa oli Euroopan yhteisöjen oikeuden omaksuminen osaksi Suomen oikeusjärjestystä. Tämä tapahtui kahdessa, tosiasiallisesti yhden kokonaisuuden muodostaneessa poliittisessa prosessissa, joista ensimmäinen tarkoitti yhdentymistä EY:n sisämarkkinoihin Euroopan talousalueesta (ETA) tehdyn sopimuksen kautta ja jälkimmäinen liittymistä Euroopan unioniin. ETA-prosessin yhteydessä Suomi sitoutui soveltamaan tavaroiden, palvelujen, pääomien ja työvoiman liikkumiseen ja kilpailupolitiikkaan liittyviä EY-sääntöjä samoin kuin niihin liittyvää muuta yhteisön lainsäädäntöä. ETA-prosessin kuluessa ratkaistiin monet EU-jäsenyyteen liittyneet neuvottelukysymykset ja saatettiin voimaan suurin osa kansallisen lainsäädännön sopeuttamista edellyttävistä EY-normeista. Myös psykologisesti ETA-prosessi kirkasti periaatteen *acquis communautaire*n sitovuudesta eli EY:n

⁴⁴ Jääskinen 2001 b s. 605.

⁴⁵ Jääskinen 2001 b s. 606.

sääntöjen ja periaatteiden varauksettomasta hyväksymisestä edellytyksenä EY:n markkinoihin integroitumiselle.⁴⁶

ETA-sopimuksen ja EU-jäsenyyden vuoksi toteutettiin määrällisesti massiivinen kansallisen lainsäädännön sopeuttaminen; tämän prosessin sisältöön ja laadullisiin vaikutuksiin palataan jäljempänä. ETA-sopimuksen johdosta valtiosääntöä tarkistettiin eduskunnan vaikutusmahdollisuuksien turvaamiseksi eurooppapoliittiseen päätöksentekoon liittyvissä kansallisissa valmisteluissa. Samalla yhdentymisen sisältöjä koskeva päätöksentekovalta siirrettiin ulkopoliittisesta päätöksenteosta valtioneuvoston toimivaltaan, jotta eri alojen päätöksenteon siirtymisestä eurooppalaisille foorumeille ei olisi seurannut tasavallan presidentin tosiasiallisten valtaoikeuksien kasvu. ETA-sopimukseen liittyneessä valtiosääntöuudistuksessa omaksutut ratkaisut pysytettiin tarkistettuina myös EU-jäsenyyden oloissa. Valtiosäännön kannalta yhdentymisen tärkein vaikutus oli mielestäni valtioneuvoston ja erityisesti pääministerin aseman vahvistuminen. Eduskunnan asemaa koskevien uudistusten tavoitteena oli kompensoida yhdentymisestä aiheutuvaa vallan vähenemistä antamalla eduskunnalla niin hyvät mahdollisuudet vaikuttaa unionin päätöksentekoon kuin ylipäänsä on mahdollista kansalliselle parlamentille.⁴⁷

EU-liittymissopimuksen voimaansaattaminen tapahtui supistetussa perustuslain säätämisyksityksessä annetulla blankettilailla, jolla unionin oikeusjärjestys saatettiin voimaan sellaiseenaan eli niine oikeusvaikutuksineen, joita sillä EY-tuomioistuimen oikeuskäytännön mukaan on. Tällä tavalla mahdollistui toimivallan siirto ylikansallisille toimielimille ja poistui EU-oikeuden kanssa ristiriidassa olevista kansallisista säännöksistä – perustuslain säännökset mukaan luettuina – aiheutuva este unionioikeuden tehokkuudelle. Ratkaisu jätti Suomessa vähemmän tilaa etusijaan ja välittömään oikeusvaikutukseen liittyville periaatteellisille kysymyksenasetteluille kuin useassa muussa jäsenvaltiossa.⁴⁸

Eurooppalaistumisen kolmannelle, vuodesta 1995 alkaneelle aallolle annoin nimityksen *Tuomarit jälkimainingeissa*. Tarkastelin⁴⁹ EU-oikeuden yleisten periaatteiden läpilyöntiä suomalaisessa oikeuskäytännössä artikkelin 2 pohjalta ja sitä päivittäen. Palaan tähän kysymykseen jäljempänä jaksossa 2.3.

Yhteenvetona lainkäytön eurooppalaistumisesta katsoin, että eurooppalaistuminen ei ole johtanut Suomessa tuomariaktivismiin, vaan eduskuntalakien suhdetta ihmisoikeuksiin, EU-oikeuteen ja perustuslakiin tarkastellaan tuomioistuimissa niin pitkälle kuin mahdollista pikemminkin yhteensovittamisen kuin konfliktin näkökulmasta. Poliittinen järjestelmä näytti sen sijaan tarkistaneen kantaansa tuomiovallan ja lainsäädäntövallan välisestä suhteesta. Vuoden 2000 perustuslain valmistelussa oli huomionarvoista perustuslain 106 §:ään kirjattuun

⁴⁶ Jääskinen 2001 b s. 607.

⁴⁷ Jääskinen 2001 b s. 608. Jääskinen 2000 s. 114–117.

⁴⁸ Jääskinen 2001 b s. 609.

⁴⁹ Jääskinen 2001 b s. 609–617.

tuomioistuinten lakien perustuslaillisuuden tutkimisvaltaan liittyneiden jännitteiden vähäisyys verrattuna aikaisempien vuosikymmenten keskusteluun. Ketjun Euroopan ihmisoikeussopimus–perusoikeusudistus–ETA-sopimus ja EU-jäsenyys jokainen etappi näytti lieventäneen asiaan liittyviä ristiriitoja. Mainittu perustuslain säännös olikin mielestäni Suomen oikeusjärjestyksen eurooppalaistumisen kypsyttämä hedelmä.⁵⁰

2.2. Lainsäädännön eurooppalaistuminen

2.2.1. Sääntelyn eurooppalaistuminen

Esittelin artikkeleissa 2 ja 3⁵¹ arvioita ETA-sopimuksesta ja EU-jäsenyydestä aiheutuneiden hallitusten esitysten lukumäärästä (221) ja niihin liittyneistä laeista (554 elokuuhun 1995 mennessä). Korostin myös sitä, että valtaosa yhdentymiseen liittyvästä norminannosta tapahtui eduskuntalakeja alemmalla säädöstasolla.

Esittämäni lukumäärätiedot perustuivat eri ministeriöiden oikeusministeriön ETA-yksikön ns. Celex-kortistoon ilmoittamiin tietoihin, joiden pohjalta olin käsitellyt asiaa Keski- ja Itä-Euroopan maiden jäsenyysvalmistelujen oppimateriaaliksi laatimassani kirjasessa.⁵² Lukuihin on suhtauduttava varauksella, koska kaikkia ETA- ja EU-prosesseihin kuuluvia hallituksen esityksiä ja lakeja ei välttämättä ole ilmoitettu tietolähteeseeni. Suuruusluokaltaan ETA- ja EU-jäsenyys merkitsivät lainsäädännöllisesti noin yhden vuoden ylimääräistä säädöstuotantoa.⁵³

Kysymys EU-peräisen normiston määrällisestä merkityksestä on herättänyt suurta mielenkiintoa poliittisessa keskustelussa. Sekä EU:n kannattajilla että vastustajilla on taipumus liioitella sen merkitystä. Keskustelua on myös leimannut komission tuolloisen puheenjohtajan *Jacques Delors'n* kesäkuussa 1988 Euroopan parlamentissa esittämä kuuluisa arvio, että sisämarkkinaohjelman toteutumisen jälkeen 1993 ainakin 80 prosenttia jäsenvaltioiden taloudellisesta lainsäädännöstä ja mahdollisesti sosiaali- ja verolainsäädännöstä tulisi yhteisöstä.⁵⁴ Jo ennen EU-jäsenyyttä arvioin EU-jäsenyyden vaikutusta eduskunnan työmäärään ja vuonna uudelleen 2000 EU-liitännäisten asioiden merkitystä eduskunnan lainsäädäntötyössä; näiden selvitysten valossa EU-vaikutus jäi määrällisesti selvästi alle julkisessa keskustelussa esitettyjen suurimpien arvioiden, mutta vaihteli toisaalta voimakkaasti eri aloilla.⁵⁵

⁵⁰ Jääskinen 2001 b s. 617–618.

⁵¹ Jääskinen 1999 s. 314 ja Jääskinen 2001 b s. 607.

⁵² Jääskinen 1997 s. 4–11.

⁵³ Esimerkiksi vuosina 1988–1991 annettujen hallituksen esitysten lukumäärän vuosikeskiarvo oli 259.

⁵⁴ Jääskinen 2007 s. 20–21, Wiberg 2005. Tietyllä nostalgialla voi noteerata Dowrickin vuodelta 1984 olevan arvion, jonka mukaan 80–90 prosenttia asioista, joista moderneissa länsieurooppalaisissa valtioissa annetaan lainsäädäntöä, jäi EY:n perussopimusten tavoitteiden ulkopuolelle. Ks. Dowrick s. 209.

⁵⁵ Jääskinen 1992 s. 278–279 ja Jääskinen 2000 s. 126.

Sekä Suomessa että Ruotsissa tehtyjen uudempien selvitysten mukaan unionin vaikutus kansalliseen sääntelyyn ei ole lähelläkään 80 prosenttia, joskin huomattavaa epävarmuutta keskusteluun tuo se, miten sellaisenaan sovellettavaa unionioikeutta kuten EY-asetuksia olisi tässä yhteydessä arvioitava. Suomessa *Matti Wiberg* on korostanut asiaan liittyvän keskustelun epätasällisuutta, mutta katsonut unionin määrällisesti vaikuttavan noin 12 prosenttiin uudesta lainsäädännöstä vuosivaihtelujen ollessa kuitenkin useita prosenttiyksiköitä.⁵⁶ Ruotsissa *Hans Helgeland* on selvittänyt, että vuosina 2002–2004 Ruotsin säädöskokoelmassa (SFS) julkaistuista säädöksistä vuosittain 6–8 prosenttia viittaa Celex-numeroon, siis taustalla olevaan EU-säädökseen. Viittausten määrä on kuitenkin merkittävästi korkeampi uusissa säädöksissä kuin muutossäädöksissä.⁵⁷

Myös asiaa koskevaa keskustelua *Paremmän sääntelyn toimintaohjelmaa* varten yhteenvetänyt ja analysoinut *Arno Liukko* pitää 80 prosentin arvioita selvästi liiallisena, mutta toteaa toisaalta epäsuhteen, joka on EU:n kaiken kaikkiaan antamien säädösten valtavan lukumäärän ja Wibergin EU-vaikutteisista laeista esittämän arvion välillä.⁵⁸ Viimeksi mainittua seikkaa saattaa käsitykseni mukaan selittää yhteiseen maatalouspolitiikkaan ja tulliliittoon liittyvien, asetuksen tai päätöksen muodossa annettavien interventiotöimien valtava lukumäärä.⁵⁹ Toisaalta tarkasteltaessa pelkästään suurempia lainsäädäntömuutoksia näyttää EU-vaikutus suuremmalta⁶⁰, mitä myös Helgelandin Ruotsissa havaitsema ero muutossäädösten ja uusien säädösten EU-viittausten välillä indikoi.

Lainsäädännön, oikeusnormien ja oikeusjärjestyksen EU-vaikutteisudessa on edelleenkin paljon epäselvyyksiä sekä empirian että käsitteistön tasolla. Oikeuden eurooppalaistumisen kannalta olennaisin näkökulma on mielestäni kuitenkin EU-sääntelyn laadullinen merkitys. Vaikka oikeusjärjestystä pidettäisiin vain oikeuden normatiivisena pintana, sillä on kuitenkin selvästi keskus ja periferia. Keskukseen kuuluvat sellaiset oikeudenalat kuin siviili-, rikos-, prosessi-, yleishallinto- ja valtiosääntöoikeus, periferiaan taas erilainen elinkeinoja ja hallinnonaloja koskeva tekninen sääntely.⁶¹

Katsoin artikkelissa 1 a, että kansallisen oikeusjärjestyksen muutosvastarinta on voimakkaampaa tällaisilla keskuksen aloilla kuin normatiivisessa periferiassa, joka jää yleisjuridiikan ulkopuolelle.⁶² Myös lainvalmistelullisesti tämä johtaa erilaiseen lähestymistapaan. Kuten artikkelissa 1 b totesin, on eri asia implementoida sian teurastusta koskeva direktiivi kuin omien kansalaisten luovuttamista koskeva puitepäätos.⁶³

⁵⁶ Ks. Wiberg 2004, Wiberg 2005.

⁵⁷ Ks. Helgeland 2005.

⁵⁸ Liukko 2006 s. 245–246, 248–249.

⁵⁹ EU:n säädöskäsitteen eroista Suomeen nähden ks. Paremmän sääntelyn toimintaohjelma, Osa 1, s. 67.

⁶⁰ Tala 2006 s. 27.

⁶¹ Oikeudenalojen eriytymisestä sekä sen kriteereistä ja merkityksestä ks. Tuori 2007 s. 103–119.

⁶² Jääskinen 1993 s. 576.

⁶³ Jääskinen 2003 s. 446.

Vaikka EU on voimakkaasti lisännyt toimintaansa esimerkiksi siviili-, rikos- ja prosessioikeuden aloilla 1990-luvun alkuun verrattuna, ei sen huomion kohteeksi tulleiden, lähinnä rajat ylittävien kysymyksien sääntelyn voine katsoa edustavan näiden oikeudenalojen omasta perspektiivistä niiden ydinalueita. Toisaalta varsinkin siviilioikeuden eurooppalaiset kodifikaatiohankkeet voivat muuttaa kuvaa tässä suhteessa. Tällä varauksella pitänee yleisellä tasolla vieläkin paikkansa artikkelissa 1 a siteeraamani *Theodor Schillingin* ajatus, jonka mukaan EU-integraatio on laaja-alaista, mutta pinnallista.⁶⁴

Eurooppalaistumisen käsitteellistämisen kannalta kvantitatiivisten tarkastelujen merkitys on lähinnä EU-vaikutuksen suuruusluokan osoittamisessa, joskin tietyssä vaiheessa määrä voi muuttua laaduksi. Jos voimassa olevasta normiaineistosta 80 prosenttia todellakin olisi EU-peräistä, perustuisi esimerkiksi kansallisen ja Eurooppa-oikeuden keskinäinen painotus oikeustieteen opetuksessa ja tutkimuksessa vakavaan virhearviointiin. Oikeusteorian kannalta olennaisempaa on kuitenkin EU-oikeuden laadullinen vaikutus oikeusjärjestykseen ja sen heijastuminen oikeuden syvempiin kerrostumiin.

Vuoden 1993 artikkelissani tehdyt oletukset EU-oikeuden luonteesta ja vaikutuksesta on asetettu kysymyksenalaisiksi pohjoismaisessa keskustelussa. *Bernitz* on katsonut minun vähättelevän EU-oikeuden merkitystä. Hänen mielestään ”Jääskin förefaller ha kraftigt underskattat EG-rättens betydelse, genomslagskraft och utvecklingspotential även inom s.k. centrala rättsområden. EG-rätten saknar verkligen inte ideologiska ambitioner. Dessutom kan frågan ställas vilka rättsområden som förtjänar att betecknas som centrala. EG-rättens materiella kärnområden angående icke-diskriminering, fri rörlighet och obunden konkurrens kan förtjänas att betraktas som centrala likväl som t.ex. skuldebrevsrätt eller skadeståndsrätt.”⁶⁵

Oikeusjärjestyksen ydinalueiden määrittämisessä voidaan kriteerinä nähdäkseni pitää oikeudenalan merkitystä juristiprofession ja oikeustieteen peruskäsitteiden ja systematiikan muodostumisen kannalta. Tästä näkökulmasta velvoite-oikeus, muut siviilioikeuden yleiset opit sekä rikosoikeus ovat keskeisiä oikeudenaloja, koska oikeudellisen ajattelun kannalta keskeiset velvoitteen, oikeuden, vastuun ja sanktion käsitteet eksplikoidaan niiden puitteissa. Toinen keskeisyyden merkitys on tärkeys oikeuden arvopohjan kannalta. Tästä näkökulmasta keskeisiä aloja ovat perus- ja ihmisoikeudet, valtiosääntö yleisesti sekä myös hallinto-oikeuden yleiset opit. Sen enempää oikeuden systemaattisten perusteiden kuin sen arvopohjankaan kannalta EY-oikeuden ytimeen kuuluva taloudellisen toiminnan julkisoikeudellisen sääntelyn yhdenmukaistaminen ei edusta keskeistä ydinaluetta. Tämä EY-oikeuden perifeerisyys perinteisen oikeusajattelun kannalta lienee itse asiassa selityksenä niille epäilyksille, joita unionioikeuden tunkeutuminen siviili- ja rikosoikeuden kaltaisille aloille on herättänyt, ja joka heijastuu myös unionioikeuden vierastamisena yleisten tuomioistuinten piirissä.

⁶⁴ Jääskin 1993 s. 576 alaviite 9.

⁶⁵ Ks. *Bernitz* 2002 s. 197. Ks. keskustelusta myös *Dahl* s. 168–169.

Unionioikeuden vaikutus kansallisessa oikeusjärjestyksessä on esimerkiksi ympäristöoikeudessa tai yritystoiminnan sääntelyssä laaja-alaisempaa kuin 1990-luvun alkupuolella oli mahdollista ennakoida. Varsinkin Amsterdamin sopimuksen jälkeen EU-oikeus on myös vallannut alaa siviili-, rikos- ja prosessioikeudessa; syyskuussa 2001 rikosoikeuden alan yhteistyö sai voimakkaan ulkoisen sysäyksen. Lainsäädännön läpikäyvästä eurooppalaistumisesta ei nähdäkseni ole kuitenkaan perusteltua puhua.

2.2.2. Eurooppalaistumisen vaikutukset lainvalmisteluun ja lainsäädäntöön

Artikkelin 1 a lähtökohtana oli ajatus Euroopan yhdentymisen tavoitteellisuudesta ja sen ilmentymisestä EY-oikeuden instrumentaalisena luonteena. Euroopan yhteisö oli mielestäni tavoiteyhteisö (*Zweckgemeinschaft*), ei suvereeni valtio eikä liioin arvoyhteisö kuten Pohjoismaat. EY:n muuttuminen unioniksi ja unionin toimialan melkoinen laajentuminen 1990-luvun alkuvuosista ei ole mielestäni muuttanut tätä perusasiaa.

Seuraavassa luvussa tarkasteltavan EU:n perustuslakiprosessin taustalla ollut pyrkimys konstitutionalismiin ja yhteisten arvojen varaan rakentuvaan eurooppalaiseen poliittiseen yhteisöön (*polity*) on toistaiseksi epäonnistunut. Unioni ei ole kyennyt muuttamaan *tavoitekeino*-logiikan leimaamaa olemustaan järjestelmäksi, jossa demokraattinen poliittinen prosessi asettaa sekä tavoiteltavat päämäärät että niiden toteuttamiskeinot yhteisiä konstitutionaalisia arvoja ilmaisevan institutionaalisen rakenteen kautta ja yhteisten perusoikeuksien asettamissa rajoissa.

EY:n luonne tavoiteyhteisönä ilmeni siinä, että sen oikeusjärjestys voitiin ymmärtää lähinnä taloudelliseen toimintaan liittyvänä yhteisen sääntelyn ja rajat ylittävän viranomaisyhteistyön järjestelmänä. Yhteinen sääntely on tärkein keino toteuttaa yhdentymisen tavoitteita, minkä takia EY oikeudellisesti näyttäytyi lähinnä lainsäädäntöyhteisönä, jonka määrällisesti valtava säädöstuotanto oli oikeastaan ainoastaan perussopimuksissa asetettujen tavoitteiden toimeenpanoa. Tästä näkökulmasta EY-oikeus – Rooman sopimuksen artikloista aina esimerkiksi ajoneuvodirektiivien 1300-sivuiseen säännösmassaan – oli ymmärrettävissä kokonaisvaltaisena järjestelmänä, ei pelkkänä erillisten kasuististen säädösten kaaoksellisena massana. Eurooppaoikeudellisen kirjallisuuden painottamat yhteisön oikeuden yleiset periaatteet ja niihin liittyvät EY-tuomioistuimen ennakkopäätökset olivat mielestäni kuitenkin samalla tavalla poikkeusilmiöitä käytännön oikeuselämän kannalta kuin valtiosäännön tasolle kuuluvat kysymykset kansallisissa oikeusjärjestyksissä. EY-oikeuden ymmärtämisen kannalta oli myös olennaista havaita sen riippuvuus kansallisista oikeusjärjestyksistä. Lainvalmistelun, EY-lainsäädännön implementoinnin ja EY-lainsäädännön soveltamisen yhteydessä EY-oikeus ja kansalliset oikeusjärjestykset ovat vuorovaikutuksessa, joka ilmenee sekä kilpailuna että täydentävyytenä. Kansallisen lainvalmistelijan ja kansallisen tuomarin tehtävänä on tyydyttää molempien, samassa määrin voimassa olevien oikeusjärjestysten asettamat sääntelytarpeet ja

löydettävä molempien järjestysten tehokkuutta turvaavat ratkaisut.⁶⁶ Viittasin tuossa yhteydessä Lutherin oppiin kahdesta regimentistä, maallisesta ja hengellisestä, joiden kummankin vaatimukseen on sopeuduttava.

Toinen EY-lainsäädännön luonnetta selittävä seikka oli mielestäni sen syntyyn liittyvä päätöksenteko. Kaksi vastakkaista periaatetta – tavoiterationaalinen valmistelu ja erilaisia kansallisia ja institutionaalisia intressejä heijastava neuvottelukulttuuri – sekoittuvat siinä suuremmissa määrin kuin kansallisvaltioissa. EY:n päätöksenteosta puuttuu se parlamentarismista seuraava rationaliteetti, joka kansallisvaltioissa yleensä luo jonkinlaisen poliittisen linjan ohjaamaan lainsäädäntöhanketta valmistelusta lopulliseen päätöksentekoon. EY:ssä komissiovalmistelussa ehkä toteutuva rationaalinen linjaus rikkoutuu ehdotuksen siirtyessä Euroopan parlamentin ja neuvoston päätöksentekoon. Siellä päätöksenteko on luonteeltaan neuvottelemista, missä kompromissin etsintä ilman yhteistä arvo- tai poliittisia lähtökohtia muistuttaa tulopolitiikkaa tai diplomaattisia neuvotteluja. Tämä asiantila heijastuu EY-lainsäädännön lakitekniiseen, kielelliseen ja systemaattiseen laatuun. EY-lainsäädännön taustalle ei voida rekonstruoida soveltamista ohjaavaa hypoteettista järkevän lainsäätäjän tahtoa. Myös tavoiterationaalisuuden ja neuvottelemisen sekoittuminen päätöksenteossa vähentää esitöiden käytökelpoisuutta soveltamista ohjaavana lähteenä.⁶⁷

Edellä kuvatuilla EY-oikeuden piirteillä oli nähdäkseni vaikutuksensa pohjoismaiseen lainvalmisteluun ja lainsäädäntöön. EY-lainsäädännön suuren muutosalttiuden ja määrän oletin johtavan tendenssiin, jossa lainsäädäntövaltaa delegoidaan kansalliselta parlamentilta hallitukselle. Tämä puolestaan heikentää edellytyksiä riittävän pitkäjänteiseen ja kiireettömään lainvalmisteluun ja laskee sääntelyn laadun turvaamiseen tähtäävien ohjaus- ja koordinaatiomekanismien tehokkuutta. Virkamiesvalmistelun ja sisäisten työryhmien merkitys valmistelussa korostuu laajapohjaisten valmisteluelinten kustannuksella. Samalla edellytykset parlamentaarille valvonnalle ja avoimelle yhteiskuntakeskustelulle vähenevät. Myös kansallisten esitöiden merkitys ohjausvälineenä saattoi muuttua aikaisempaa vähäisemmäksi.⁶⁸

Arvioni artikkelissa 1 a perustui EY-oikeuden implementoinnin alkuvaiheen kansallisten kokemusten sekä muiden jäsenvaltioiden tilanteen tarkasteluun. Jotkut mainitsemistani tendensseistä ovat toteutuneet selvinä; tämä koskee esimerkiksi kollektiivisten valmisteluelinten merkityksen vähenemistä, mihin tosin ovat varmaan vaikuttaneet myös muut syyt. Myös valmisteluun osoitetun ajan lyhentymisen ja tämä vaikutus esimerkiksi eri tahojen kuulemiseen ovat toteutuneet. Kansallisten lainvalmistelun laatua turvaavien koordinaatiomekanismien tehok-

⁶⁶ Jääskinen 1993 s. 567–568.

⁶⁷ Jääskinen 1993, s. 569–570.

⁶⁸ Jääskinen 1993, s. 572–574. Pohjoismaisessa keskustelussa katsottiin 1990-luvulla yleisesti, että pohjoismaisen oikeuslähdeopin lainsäädännön esitöille antama tärkeä asema ei välttämättä olisi sopusoinnussa EU-oikeuden vaatimusten kanssa. Tämä asia tuli uuteen vaiheeseen vuonna 2002, kun EY-tuomioistuin hyväksyi asiassa C-478/99, komissio v. Ruotsi, kohtuuttomia sopimusehtoja koskevassa direktiivissä olevan liitteen implementoinnin hallituksen esitykseen otettujen perustelujen avulla. Esitöitä koskevasta keskustelusta ks. Fenger s.453–458.

kuus on vähentynyt.⁶⁹ Säädösvallan delegoiminen eduskunnalta valtioneuvostolle on toteutunut erityisesti teknisten direktiivien toimeenpanon kansallisen säädöstason kohdalla.

Toisaalta kansalliset valtiosäännön muutokset ovat Suomessa vaikuttaneet säädöstasoa nostavasti niin, ettei EU-jäsenyyden aikana voida puhua yleisestä lainsäädäntövallan liukumisesta hallitukselle. Sama kansallisen valtiosääntökehityksen vastavaikutus on myös näkynyt eduskunnan aseman parantumisenä. Tämä koskee sekä erikoisvaliokuntien edellytyksiä valvoa ministeriöiden toimintaa että niiden ja suuren valiokunnan mahdollisuuksia osallistua EUpäätöksenteon kansalliseen valmisteluun. Näistä varauksista huolimatta on todettava, että EU-jäsenyyden ajalle on tunnusomaista laaja tyytymättömyys lainvalmistelun tasoa kohtaan ja että EU-jäsenyyden vaikutukset on nähty yhdeksi tätä epäkohtaa selittäväksi tekijäksi.

EY:n luonne tavoiteyhteisönä – ei suvereenina valtiona – selitti mielestäni sitä ilmiötä, että rajat ylittäviä kysymyksiä lukuun ottamatta EY-oikeus ei voi kuin poikkeuksellisesti sisältää tietyn kohdealan täydellisen sääntelyn. EY-oikeus edellyttää, että jäsenvaltioilla on kansallista lainsäädäntöä, joka täydentää ja panee täytäntöön EY-säädöksiä. Sen lisäksi EY-oikeus edellyttää, että jäsenvaltioilla on toimiva kansallinen oikeusjärjestys, joka sisältää sellaisia osajärjestelmiä kuin siviilioikeus, kauppaoikeus, hallinto-oikeus, prosessioikeus ja niin edelleen. Vaikka EY-oikeus saattaa asettaa hyvinkin yksityiskohtaisia vaatimuksia jäsenvaltioiden kansallisen lainsäädännön sisällölle, se on vain poikkeuksellisesti niin laajasisältöinen, että se voisi kokonaan korvata kansallisen lainsäädännön. Tästä seurasi mielestäni se seikka, että kansallisen lainsäätäjän lähtökohtana harmonisoinnissa on aina kansallinen järjestelmä ja sen aikojen kuluessa kehittyneet terminologia, käsitteistö, metodologia ja ajatustavat.⁷⁰

Kuvasin EY-oikeuden kansallista täytäntöönpanoa vertauksella, jossa EY-oikeuden säännökset ovat kuin vieraita oksia, jotka ympäröivät kansallisen lainsäädännön järjestelmien runkoon. Kansallinen lainsäätäjä pyrkii varjelemaan kansallisen lainsäädännön systemaattisia käsitteitekenteitä joutuessaan samalla sopeuttamaan sen sisältöä ja terminologiaa EY-oikeuden vaatimuksiin. Koska EY-harmonisointi edellytti mielestäni sisällöllisesti tai taloudellisten vaikutusten kannalta identtisiä säännöksiä, kuvaamani pyrkimys kansallisten käsitteitekenteiden säilyttämiseen ei mielestäni ollut ristiriidassa EY-oikeuden kanssa. Katsoin tästä syystä, että EY-oikeudesta ei seuraa syvällisempiä vaikutuksia niihin intellektuaalisiin ja ideologisiin rakenteisiin, jotka muodostavat oikeuskulttuurin, vaikka se aiheuttaakin huomattavia muutoksia oikeusjärjestyksen normatiiviseen pintaan. Tämä erotti EY-harmonisoinnin pohjoismaisesta lainsäädäntöyhteistyöstä, jossa nimenomaan oli keskitytty oikeusjärjestyksen systemaattisesti keskeisimpiin oikeudenaloihin ja kiinnitetty vähemmän huomiota taloudellisen yhdentymisen

⁶⁹ Ks. samoin Tanskan suhteen Fenger s. 446. Toisaalta Suomessa tähän ongelmaan on yritetty puuttua antamalla EU-säädösten kansallisen täytäntöönpanon laatua turvaavat oikeusministeriön ohjeet. Ks. Lainlaatijan EU-opas.

⁷⁰ Jääskinen 1993 s. 576.

tarpeisiin. Harmonisoimalla esimerkiksi siviilioikeutta pohjoismainen oikeusyhteisö artikuloi yhteisiä arvostuksiaan.⁷¹

EY-oikeuden täytäntöönpanossa yksityiskohtaiset, mutta oikeudellisesti vähemmän tärkeät sääntelyt siirretään sellaisenaan kansalliseen lainsäädäntöön, mutta oikeudellisesti vaativammilla aloilla kohdataan EY-säädösten ja kansallisen lainsäädännön terminologisten erojen sekä EY-säädösten sisällölle tunnusomaisen kasuismin ja yleispätevyyden epätasapainon aiheuttamia ongelmia. Ne liittyvät kansallisten yleislausekkeiden ja yksityiskohtaisten direktiivisäännösten suhteeseen, sekä kansallisen lainsäätäjän liikkumavaraan suhteutettaessa direktiivien yksityiskohtaisia termejä kansallisen lainsäädännön yleisluontoisempaan terminologiaan tai EY:n monikielisyyden ja ylikansallisuuden edellyttämiä termi- ja käsitevalintoja kansallisen oikeusjärjestelmän käsitteistöön. Johtopäätöksenä arvioin, että kansallisen oikeussystematiikan ja –käsitteistön vastarinta EY-oikeuden omaksumista vastaan olisi sitä suurempi, mitä oikeudellisesti tärkeämmästä asiasta on kysymys. Harmonisointi rajoittuisi siten normatiiviseen pintaan, mutta pyrkisi jättämään oikeuskäsitteet, sääntelyrakenteet ja yleiset periaatteet koskemattomiksi.⁷²

Kansallisen lainsäädännön laadun kannalta EU:n vaikutusta on yleensä pidetty negatiivisena. EU-oikeuden on katsottu johtaneen lainsäädännön kielellisen, oikeussystemaattisen ja oikeuspoliittisen laadun heikkenemiseen. Keskustelussa ei kuitenkaan välttämättä pidetä erossa kysymyksiä EU:n oman lainsäädännön laadusta⁷³, EU:n lainsäädännön vaikutuksesta kansallisen lainsäädännön laatuun⁷⁴ ja kansallisen lainsäädännön laatua sinänsä. Korostin artikkelissa 1 b sitä, että EU-lainsäädännön laatuksiteerit eivät välttämättä ole samat kuin kansallisen lainsäädännön. EU:n näkökulmasta kelvollinen säädös voi kansallisessa implementoinnissa johtaa kansallisen sääntelyn laadun heikkenemiseen sen vuoksi, että se rakentuu erilaiselle käsitteistölle ja systematiikalle kuin kansallinen sääntely. Käytin esimerkkinä kuluttajakaupan ja kuluttajapalvelun määritelmien erilaisuutta kuluttajansuojalaissa ja direktiiveissä.⁷⁵

Keskustelu EU:n vaikutuksesta kansalliseen lainsäädäntöön on hämmentävää. Unionioikeuden melkoinen määrällinen vaikutus säädösten valmisteluun ja antamiseen on kiistatonta, joskin vaikeasti mitattavaa. Lainvalmistelun ja säädösten laatuun koskevien vaikutusten kohdalla on mielestäni vaikea ilman konkreettisia tapaustutkimuksia erottaa EU:n vaikutuksia muista samanaikaisista trendeistä, joita ovat yleinen kansainvälistyminen, *New Public Management* –ajattelua seuraava hallinnon tehostaminen sekä säädösvalmistelun arvostuksen ja voimavarojen suhteellinen heikkeneminen. Ongelmallisena piirteenä keskustelussa voi pitää siihen sisäl-

⁷¹ Jääskinen 1993 s. 576–577.

⁷² Jääskinen 1993 s. 578–580.

⁷³ Ks. tästä Fenger s. 433–443, Tala 2002 s. 107–115.

⁷⁴ Ks. tästä Fenger s. 443–458.

⁷⁵ Jääskinen 2003 s. 446.

tyvää implisiittistä oletusta ennen EU-jäsenyyttä vallinneesta paremmasta lainsäädännön ja lainvalmistelun tasosta, mihin ainakin Suomen oloissa on syytä suhtautua *cum grano salis*.⁷⁶

2.3. Eurooppaoikeus lainkäytössä

2.3.1. Eurooppaoikeuden omaksumisesta

Artikkeleissa 2 ja 3 oli keskeisellä sijalla selostaa suomalaisten tuomioistuinten EU-oikeuteen liittyvää oikeuskäytäntöä. Käsittelyn perustana oli julkaistun oikeuskäytännön ohella oikeusministeriön EU-yhteysverkkoon kuuluneiden tuomarien avulla artikkelin 2 kirjoittamista varten hankittu julkaisematonta oikeuskäytäntöä koskenut aineisto. Artikkelien perushavainnot voidaan tiivistää seuraavasti.

Eurooppaoikeus omaksuttiin lainkäytössä vähäeleisesti, ja siihen liittyvää oikeuskäytäntöä alkoi syntyä kaikissa tuomioistuintyypeissä ja kaikilla tuomioistuinhierarkian tasoilla jo ETA-sopimuksen voimaantulon jälkeen. EU-oikeuden yleiset periaatteet – etusija, suora sovellettavuus, välitön oikeusvaikutus ja tulkintavaikutus – saivat nopeasti sovellutuksia, eikä esimerkiksi etusijanperiaatetta koskeva ensimmäinen ylimmän oikeusasteen tuomio⁷⁷ saanut lainkaan periaatteellisen merkityksensä edellyttämää huomiota julkisuudessa ja oikeuselämässä. Käytännön kannalta tärkeimmäksi EU-oikeuden yleiseksi periaatteeksi osoittautui odotetusti tulkintavaikutus eli kansallisen oikeuden tulkinta niin, että se johtaa EU-oikeuden kanssa sopuoinnussa olevaan ratkaisuun.

Periaatteellisten vaikeuksien vähäisyyttä selittää – kuten edellä jo on todettu – ensinnäkin EU-liittymissopimuksen voimaansaattamistekniikka, jossa supistetussa perustuslain säätämisyjärjestyksessä hyväksytty blankettilaki saattoi osana liittymissopimukseen sisältyneitä velvoitteita EU:n oikeusjärjestyksen voimaan sellaisenaan. Poikkeuksina Suomen valtiosäännöstä tulivat siten voimaan myös unionioikeuden yleiset periaatteet, mukaan luettuina etusijaperiaate ja välitön oikeusvaikutus, sekä EU:n toimielinten toimivalta käyttää perussopimusten määrittämissä rajoissa lainsäädäntö-, hallinto- ja tuomiovaltaa Suomessa. Voimaansaattamistekniikka jätti vähän jos ollenkaan tilaa kansallisesta valtiosäännöstä seuraaville argumenteille, joilla perusteltaisiin EU-oikeuden kansallisten vaikutusten rajaamista.⁷⁸

⁷⁶ Viittasin artikkelissa Jääskinen 2003, s. 445, siihen, että ainakin Suomessa keskustelu lainsäädännön laadusta on aina perustunut näkemykselle, jonka mukaan laatu on epätydyttävä ja aikaisempaa huonompi. Esimerkiksi perustuslakivaliokunta katsoi 1994 lakien teknisen tason huomattavasti laskeneen 1990-luvulla 1980-lukuun verrattuna, mutta toisaalta myös 1980-luvulla oltiin tyytymättömiä lainsäädännön laatuun ja asetettiin mm. laaja säädösvalmistelun kehittämishanke 1981–1985. Ks. Säädösvalmistelun kehittämishanke 1995 s. 41–42 ja Paremman sääntelyn toimintaohjelma s. 71–73.

⁷⁷ Korkeimman hallinto-oikeuden päätös KHO 1996 B 577.

⁷⁸ Samoin Kanninen s.1255.

Tämä on näkynyt lainkäytön lisäksi myös perustuslakivaliokunnan käytännössä. Valiokunta torjui esimerkiksi talous- ja rahaliiton kolmatta vaihetta koskeneessa lausunnossaan PeVL 18/1997 vp ajatukset, jotka olisivat Saksan perustuslakituomioistuimen tavoin tulkinneet Maastrichtin sopimuksen ao. määräyksiä kansalliselle harkinnalle enemmän tilaa antavina kuin mihin niiden tekstin mukainen tulkinta johtaisi.⁷⁹ Voimaansaattamistekniikasta seurasi myös Suomen valtiosääntödoktriiniin sisältyneen, poikkeuslakien vaikutusta koskevan aukko-teorian soveltaminen EU:n lainsäädäntövallan käyttöön ja perussopimusten muutosten ratifiointiin.

Toinen EU-oikeuden juohevaa omaksumista selittävä tekijä on Suomessa noudatettu implementointilinja, joka on pyrkinyt täydelliseen ja oikeaan EU-lainsäädännön täytäntöönpanoon. Oletin jo artikkelissa 1a onnistuneen harmonisoinnin vähentävän EY-oikeudesta oikeuskäytännölle seuraavia muospaineita.⁸⁰ *Tuomas Ojanen* on myöhemmin todennut juuri sen seikan, että Suomen oikeusjärjestys on harmonisoitu EU-oikeuden kanssa, tekijäksi, joka selittää periaatteellisempien kysymyksenasettelujen vähäisyyttä Suomen tuomioistuinten oikeuskäytännössä.⁸¹

Lainkäytön eurooppalaistuminen ilmenee eräänlaisena jäävuorena. Jäävuoren veden pinnan ylle yltävänä huippuna on *Finlex*-tietokannassa julkaistava, lähinnä ylimpien tuomioistuinten oikeuskäytäntö, jossa on nimenomaisesti sovellettu EU-oikeutta. Erityisen näkyvässä asemassa tässä jäävuoren osassa ovat ennakkoratkaisupyynnöt. Veden pinnan alle jäävä osuus ovat ne eri tuomioistuinten julkistamatta jäävät ratkaisut, joissa EU-oikeus on ollut esillä. Jäävuoren pinnanalainen osa jää näkymättömäksi, eikä siihen perehtyminen ole mahdollista ilman erityisiä tiedonhankinnallisia ponnistuksia, mistä on esimerkkinä artikkelissa 2 hyväksi käytetty oikeusministeriön EU-koulutuksen kautta syntyneen tuomarien yhdysverkon viidakkorumpu. Julkaisemattoman oikeuskäytännön eurooppalaistumisen arviointi perustuu siten eräänlaiseen näppituntumaan, mikä selittää myös eriävät arviot sen todellisesta laajuudesta tai merkityksestä. Asian tarkempi selvittäminen vaatisi asianmukaisia kvantitatiivisia ja kvalitatiivisia menetelmiä soveltavan otantatutkimuksen, jossa määrittely- ja rajanvetokysymyksien ilmeinen vaikeus luultavasti pienentäisi tutkimuksesta saatavan tiedon lisäyksen hyödyllisyyttä.⁸²

Suomalaisten tuomioistuinten tekemien ennakkoratkaisupyyntöjen määrä on vakiintunut muutamassa vuodessa, mikä vastaa noin tasoa ennakkoratkaisupyyntö 1–1,5 miljoonaa asukasta

⁷⁹ Valiokunnan omaksuma tulkinta tarkoitti käytännössä sitä, että Ruotsin sittemmin omaksuma linja EMU:n kolmannen vaiheen suhteen oli Suomessa sen oman valtiosäännön perusteella oikeudellisesti mahdollon.

⁸⁰ Jääskinen 1993 s. 581.

⁸¹ Ks. Ojanen 2000 s. 176–177.

⁸² Metodisesti ongelmat olisivat samankaltaisia kuin edellä käsitellyn lainsäädännön eurooppalaistumisen kohdalla, mutta niitä hankaloittaisi olennaisesti kysymys siitä, miten harmonisoidun lainsäädännön soveltamista olisi arvioitava eurooppalaistumisen näkökulmasta. Onko esimerkiksi harmonisoidun lainsäädännön soveltaminen lainkäytön eurooppalaistumista, jos asiassa ei nouse esille sen säännöksiön taustalla olevan direktiivin tulkinta-vaikutus tai välitön vaikutus?

kohti vuodessa.⁸³ Vertailevassa katsannossa Suomen tuomioistuimet pyytävät ennakkoratkaisuja suurin piirtein yhtä useasti suhteessa väkilukuun kuin Ruotsin ja Tanskan tuomioistuimet, eli enemmän kuin vaikkapa Irlannin ja Portugalin tuomioistuimet, mutta vähemmän kuin esimerkiksi Alankomaiden tai Itävallan tuomioistuimet. Keskustelussa ei ole saavutettu yksimielisyyttä siitä, onko tämä vähän vai sopivasti.⁸⁴

Ennakkoratkaisupyyntöjä ovat esittäneet eniten hallintotuomioistuimet ja muut hallintolainkäyttöelimet, yksittäisistä tuomioistuimista eniten korkein hallinto-oikeus. Erillistä selvitystä vaatisi kysymys hovioikeuksien tekemien ennakkoratkaisupyyntöjen vähäisyydestä; Suomen EU-jäsenyyden aikana hovioikeus on esittänyt ennakkoratkaisupyyntönsä ainoastaan yhden kerran.⁸⁵ Laadullisesti Suomen tuomioistuinten ennakkoratkaisupyyntöt ovat keskittyneet EU-säädösten tulkintakysymyksiin. Liittymissopimuksen voimaansaattamistekniikasta ja onnistuneesta harmonisoinnista johtuva kansallisen oikeuden ja unionioikeuden konfliktien suhteellinen vähäisyys heijastuu myös ennakkoratkaisupyyntöissä.⁸⁶

Julkisuuden ulkopuolelle jäävästä oikeuskäytännössä saattaa lähinnä artikkelin 2 taustamateriaalin pohjalta tehdä sen havainnon, että EU-oikeutta alettiin suhteellisen ongelmattomasti soveltaa suomalaisessa lainkäytössä; asiaan ei liittynyt dramatiikkaa tai periaatteellista vastahankaa. Hallintolainkäytössä, jossa menettelyä leimaa virallisperiaate, EU-oikeus näyttää nopeasti saavuttaneen kansalliseen lainsäädäntöön rinnastuvan oikeuslähteen aseman niillä aloilla, joissa sovellettava normisto muodostuu suoraan sovellettavista EU-asetuksista (esimerkiksi maatalous) tai joissa direktiivien välitön vaikutus ja tulkintavaikutus ajankohtaistuvat lähes kaikissa asioissa kuten välillisessä verotuksessa ja tulliasioissa.⁸⁷ Yleisissä tuomioistuimissa sovellettavissa asioissa EU-oikeuden materiaallinen merkitys on EU-jäsenyyden aikana kasvanut, mutta lieenee vielä selvästi rajallisempi kuin hallintolainkäytössä. Tämä selittää sen, että *Niklas Bruunin* havaintojen mukaan EU-oikeus tulee esille lainkäytössä yllättävän useasti, mutta toisaalta korkeimman oikeuden presidentti *Pauliine Koskelo* on todennut, että asian EU-oikeudellisen puoleen kiinnitetään huomiota vasta korkeimmassa oikeudessa ja sielläkin viran puolesta.⁸⁸ Nämä havainnot soveltuvat kokemuksen mukaan myös hallintolainkäyttöön sikäli kuin kysymys on asiaryhmästä, jossa EU-oikeuden relevanssi ei ole ilmeistä.

⁸³ Vuoden 2007 loppuun mennessä suomalaiset tuomioistuimet ovat esittäneet 52 ennakkoratkaisupyyntöä, joista kaksi on kuitenkin peruutettu. Pyyntöjä on esitetty jäsenyysvuotta kohti 3,9 ja miljoonaa asukasta kohti noin 1,3.

⁸⁴ Ks. Sankari 2003 s. 532–534, Sankari 2006 s. 56–61, Raitio 2006 s. 164–166, Jääskinen 2007 s. 435–436.

⁸⁵ Kysymyksessä on Vaasan hovioikeuden ennakkoratkaisupyyntö asiassa C-124/97, Läärä, Kok.1999 s. I-6067.

⁸⁶ Suomen ja Ruotsin tuomioistuinten ennakkoratkaisupyyntöjä koskevasta keskustelusta ks. Jääskinen 2005 s. 525–526.

⁸⁷ Heikki Kanninen on jaotellut korkeimman hallinto-oikeuden käsittelemien asiaryhmien EU-vaikutteisuuden neljään ryhmään: asiaryhmät, joissa EU-oikeudella on merkitystä melkein jokaisessa asiassa; asiaryhmät, joissa EU-oikeus kattaa merkittäviä osa-alueita, muttei koko alaa; asiaryhmät, joissa EU-oikeudelle on poikkeuksellisesti merkitystä; asiaryhmät, joissa EU-oikeudella ei ole lainkaan merkitystä. Kanninen s. 1257–1258.

⁸⁸ Ks. Bruun s. 544–545 ja presidentti Koskelon haastattelu, Turun Sanomat 3.10.2007.

2.3.2. Eurooppaoikeuden vaikutus lainkäytön menetelmiin

Arvioin artikkelissa 1 a, että EY-oikeudella voi olla lainkäytössä merkittäviä vaikutuksia tulkintamenetelmiin, oikeuslähdeoppiin ja tuomioistuintoiminnan perustaviin ideologisiin arvo- lähtökohtiin. Nämä vaikutukset ilmenisivät oletukseni mukaan pikemminkin lainkäytössä pikku hiljaa toteutuvina tendensseinä ja uusina vivahteina kuin vallankumouksellisina uudistuksina. Vaikutus kohdistuisi erityisesti pohjoismaiselle oikeusajattelulle tunnusomaiseen uskollisuusperiaatteeseen, joka on leimannut tuomioistuinten suhdetta lainsäätäjän. Totesin myös lainkäytössä heijastuvien muutosten voimakkuuden riippuvan lainsäädännön harmonisoinnin onnistumisesta ja viranomaisten halukkuudesta soveltaa EY-oikeutta hallintotoiminnassa. Mikäli lainsäädäntö on harmonisoitu asianmukaisesti ja hallinto soveltaa EY-oikeutta, rajoittuisi EY-oikeuden vaikutus ainoastaan oikeuslähdepohjan laajentumiseen ilman periaatteellisempia muutoksia lainkäytön ideologiassa. Implementoinnin epäonnistuminen tai EY-oikeutta rikkovat hallintopäätökset toisaalta ajankohtaistaisivat EY-oikeuden etusijaperiaatteen ja välittömän oikeusvaikutuksen. Tällöin pohjoismainen tuomari-ideologia voisi kohdata laadullisia muutospaineita. Pohjoismaisen oikeuslähdeopin joustavuudesta huolimatta tuomioistuintoimintaa Pohjoismaissa leimasi mielestäni asenteellisesti jyrkkä työnjako tuomioistuinten ja parlamentaaristen elinten välillä. Laki ja laillisuus tuomioistuintoiminnan ideologisena perusarvona heijastuvat Pohjoismaissa paitsi lakien perustuslainmukaisuuden tutkinto-oikeuden käytön suppeutena, myös esitöiden suurena merkityksenä oikeuslähteenä sekä *lex posterior*- ja *lex superior*-sääntöjen soveltamisedellytyksissä. Oletin edellä selostetun kehityksen ilmenevän vapaampana suhtautumisena lainsäätäjän auktoriteettiin, muun muassa lakitekstin merkitystä vähentävän teleologisen tulkintamenetelmän lisääntyvänä käyttöönä sekä kansallisen lain soveltamisen väistymisenä esimerkiksi suhteellisperiaatteen sitä vaatiessa.⁸⁹

Artikkeleissa 2 ja 3 kuvattu oikeuskäytäntö osoitti EU-oikeuden yleisten periaatteiden tulleen omaksutuiksi suomalaisessa oikeuskäytännössä vähäeleisesti, mutta kuitenkin avoimesti. Täten ei toteutunut ennakkointini artikkelissa 1 a, että esimerkiksi etusijaperiaatteen ja välittömän oikeusvaikutuksen omaksuminen tapahtuisi vaivihkaa. Tuomioistuimet ovat avoimesti jättäneet kansallisen lainsäädännön soveltamatta tai antaneet EU-oikeudelle välittömän vaikutuksen, silloin kun se on ollut EU-oikeuden mukaan välttämätöntä. Tätä havainnollistaa erityisesti välillistä verotusta kuten arvonlisäverotusta ja autoverotusta koskeva oikeuskäytäntö.⁹⁰

Toisaalta, artikkelista 1 a luettava ajatus siitä, että pohjoismaiset tuomioistuimet omaksuvat EU-oikeuden vaatimukset tavallaan lainsäätäjän tahtona, kuvaa mielestäni toteutunutta oikeuskehitystä. EU-oikeutta on sovellettu kuin se olisi kansallista oikeutta. Ristiriitatilanteissa etusijaperiaate ja välitön vaikutus ovat tulleet sovellettavaksi ilman periaatteellista kyseenalaistamista tai keskustelua, aivan kuin kysymys olisi kansalliseen oikeusjärjestykseen ilmaantuneista uusista yleisistä oikeusperiaatteista. Sama koskee EU-oikeuden tulkintavaiku-

⁸⁹ Jääskinen 1993 s. 581–582.

⁹⁰ Ks. julkaistusta oikeuskäytännöstä KHO 2006:65 ja KHO 1996 B 577 (arvonlisäverotus) sekä KHO 2002:85, 2004:104 ja 2006:95 (autoverotus).

tusta ja sen tulkintamenetelmiä. EU-oikeuden vaikutuksia ei siten ole perusteltu sen erityisluonteella autonomisen oikeusjärjestyksenä.⁹¹ Pikemminkin tuomioistuinten suhtautuminen on ollut jossain määrin teknistä tarkastelua, jossa EU-oikeuteen on suhtauduttu perustuslain tasolla voimaansaattettuna omalaatuisena kansainvälisenä velvoitteena. Tähän liittyy myös artikkelin 2003 päättänyt havainto siitä, että suomalaisten tuomioistuinten suhtautumista lainsäätäjään on leimannut pieteetti, jossa eduskuntalakien suhdetta eurooppaoikeuteen on tarkasteltu niin pitkälle kuin mahdollista enemmän yhteensovittamisen kuin konfliktin näkökulmasta.⁹²

Havaintoa täydentää, mutta ei nähdäkseni kumoa, se kehitystrendi, että Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ja EY-tuomioistuimen oikeuskäytännön tulo sitovaksi oikeuslähteeksi on edellyttänyt tuomioiden perustelujen kehittämistä, sekä argumentaation sisällön selkeyttämistä että mainittujen ylikansallisten lainkäyttöelinten oikeuskäytäntöön kohdistuvien viittauksien käyttöä. Kehityksen ymmärtämiseksi on olennaista nähdä se artikkelissa 3 korostettu vuorovaikutussuhde, joka tuomioistuinten toiminnan näkökulmasta vallitsi ihmisoikeussopimukseen liittymisen, EU-jäsenyyden ja perusoikeusuudistuksen välillä.⁹³ Nämä seikat samoin kuin oikeustieteessä korostunut punninta- ja periaateargumentaatio ovat kaikki vaikuttaneet suomalaisten tuomioistuinten ratkaisuasenteisiin ja perustelukäytäntöihin avartavasti ja toisiaan tukevasti. Eduskunta demokraattisesti legitimoituna lainsäätäjänä ja myös EU-oikeuden voimassaolosta Suomessa päättäneenä valtioelimenä ei kuitenkaan ole menettänyt keskeistä asemaansa tuomioistuinten arvomaailmassa.⁹⁴

2.4. Eurooppalaistuminen oikeusjärjestyksen avautumisena

Artikkelissa 4 tarkastelin pohjoismaisen oikeuden kansainvälistymisen eri аспектеja; kansainvälistymisen tärkeimpinä ilmenemismuotoina käsittelin Euroopan ihmisoikeussopimuksen ja EU-oikeuden vaikutuksia, mutta otin lyhyesti esille myös globalisoitumiseen liittyvien järjestelmien kuten Maailman Kauppajärjestön (WTO) eräitä oikeudellisia аспектеja.

Lähtökohtanani oli Suomessa ja muissa Pohjoismaissa vielä 1980- ja 1990-lukujen taitteessa vallinnut dualistinen idylli, jolle oli tunnusomaista kansainvälisen oikeuden kansallisten vaikutusten määräytyminen dualistisen periaatteen, kansallisen oikeuden etusijan ja transformatiovaatimuksen perusteella. Tuohon verrattuna nykyisin vallitsee kilpailevien sektorimonis-

⁹¹ Europeanisation of Public Law (s. 35 viite 6) toteaa, että Alankomaiden korkein oikeus (*Hoge Raad*) näyttää olevan ainoa jäsenvaltioiden ylin tuomioistuin, joka on sellaisenaan hyväksynyt EY-tuomioistuimen käsityksen EU-oikeuden autonomiasta ja sen riippumattomuudesta kansallisesta valtiosäännöstä.

⁹² Jääskinen 2001 b s. 617.

⁹³ Ks. tästä myös Ojanen 2005 s. 1214–1215.

⁹⁴ Myös korkeimman oikeuden perustelut asiassa KKO 2004:26, jossa se perustuslain 106 §:n nojalla jätti tavalisen lain säännöksen soveltamatta, ilmentävät asian lopputuloksesta huolimatta mielestäni ideologista sitoutumista eduskunnan auktoriteettiin.

mien tilanne, jossa kotimaisen ja ulkomaisen välinen oikeudellinen raja on hämärtnyt ja eri oikeudellisten tasojen vuorovaikutus muodostunut aikaisempaa monimutkaisemmaksi.⁹⁵

Mainitsemani dualistinen idylli on eräs artikkelissa 1 a tarkastellun lainsäädäntö- ja lainsäätäjäkeskeisen oikeusjärjestyksen ideaalin ilmenemismuodoista. Tässä ideaalissa lainsäädäntö tunnustetaan ainoaksi oikeuden ”syntylähteeksi” ja muiden oikeuslähteiden pätevyys johdetaan lainsäädännöstä tai perustellaan sillä. Kansainvälisen oikeuden ja kansainvälisoikeudellisten velvoitteiden kohdalla tämä on tarkoittanut sitä, että ne muuttuvat sitovaksi oikeudeksi vain osana kansallista voimaansaattamisaktia ja lainaavat siltä oikeusvaikutuksensa.

Artikkelissa käytetty käsite ”sektorimonismi” oli peräisin norjalaisesta doktriinista, missä sillä tarkoitetaan kansallista lainsäädäntösektoria tai oikeudenalaa, jossa lain säännöksen nojalla kansainväliset velvoitteet tulevat suoraan sovellettaviksi.⁹⁶ Artikkelissa käsitettä käytettiin vähemmän teknisessä merkityksessä viittaamaan siihen, että perinteisen dualismin merkitys pohjoismaisessa oikeudessa on pienentynyt, koska kansainväliset regiimit ovat tavallaan alkaneet elää omaa oikeudellista elämäänsä kansallisella tasolla. Samalla kansallisen lainsäätäjän mahdollisuudet kontrolloida kansallisen oikeusjärjestyksen ja ulkomaailman välistä rajapintaa ovat vähentyneet.

Esimerkkinä sektorimonismista on Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytäntö muodostunut oikeuslähteeksi, jonka kansalliset vaikutukset toteutuvat – pitkälti lainsäätäjän sivuuttaen – kansallisten tuomioistuinten käytännön kautta ja niiden omaksumien tulkinta-asenteiden mukaisina.⁹⁷ Toinen sektorimonismia ilmentävä järjestelmä, EU-oikeus, nostaa puolestaan esille esimerkiksi sen ongelman, että kansainvälisillä normistoilla voi olla kansallisella tasolla useita ja keskenään kilpailevia pätevyysperusteita. EU-oikeuden kautta tulee sovellettavaksi paitsi unionin omaa oikeutta, myös sen yleisinä periaatteina voimassa oleva Euroopan ihmisoikeussopimus sekä unionioikeudessa voimaan saatetut Maailman Kauppajärjestön sopimusjärjestelmän osat. Viimeksi mainitun kohdalla EU-oikeus voi palauttaa soveltamisen perinteisen dualismin mukaiseksi, vaikka kansallisella pohjalla muukin tulkinta olisi ollut mahdollinen.⁹⁸ Kilpailevien sektorimonismien vallitessa perinteiset kansainvälisten velvoitteiden kansallisia vaikutuksia koskevat säännöt ovat menettäneet sovellettavuuttaan ja korvautuneet monimutkaisilla ja vaikeasti sovellettavilla periaatteilla. Kilpailevien sektorimonismien tilanne kuvaa kansallisen oikeusjärjestyksen oikeuslähdepohjan avautumista kansainvälisille normistoille. Muodollisesta valtiosäännöstä luettava yksinkertaistava dualismi on käytännössä pikemminkin vain normatiivinen pääsääntö, josta on paljon poikkeuksia, kuin todellista oikeustilaa kuvaava periaate. Eurooppalaistumisen vaikutuksesta myös materiaali-

⁹⁵ Jääskinen 2005 s. 520–521, 530–531.

⁹⁶ Suomessa Scheinin on viitannut sektorimonismin käsitteeseen väitöskirjassaan. Ks. Scheinin s. 97.

⁹⁷ Heikkilä (s. 74 viite 38) kertoo, että Islannissa korkein oikeus ottaa huomioon mm. Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen päätökset, vaikka ne eivät ihmisoikeussopimuksen voimaansaattamislain mukaan ole oikeudellisesti sitovia.

⁹⁸ Jääskinen 2005 s. 529–530.

nen valtiosääntö on jossain määrin alkanut ilmentää pluralismia, jossa voimassa oleva oikeusjärjestys ei samaistu lainsäädäntöön.

Artikkelin 3 johtopäätöksenä oli ajatus perustuslain 106 §:ssä tunnustetusta lakien perustuslain mukaisuuden tutkimisvallasta Suomen oikeusjärjestyksen eurooppalaistumisen ”kysyttämänä hedelmänä”. Perustuslain perusoikeusjärjestelmän tulkinta sidottiin perusoikeusuudistuksen yhteydessä Euroopan ihmisoikeussopimuksen turvaamien vastaavien oikeuksien suojan tasoon. Tällöin kansalliset perusoikeussäännökset toimivat ideologisen aukkona, jonka kautta ihmisoikeussopimuksen sektorimonistinen vaikutus ulottuu Suomeen. Tätä tietä ihmisoikeussopimuksen määräykset ja ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytäntö ovat saavuttaneet aseman, jossa suomalaiset tuomioistuimet pitivät mahdollisena viitata niihin suoraan, ei siis pelkästään kansallisten perusoikeuksien tulkintaa ohjaavana tekijänä. Kuten totesin artikkelissa 4, nykyoloissa ei myöskään ole kuviteltavissa, että pohjoismainen tuomioistuin tekisi dualistiseen periaatteeseen nojautuen tietoisesti ihmisoikeussopimuksen kanssa ristiriidassa olevan ratkaisun.⁹⁹

Toinen esimerkki valtiosääntöisestä oikeusjärjestyksen avautumisesta on perustuslain 1 §:n 3 momenttiin otettu säännös Suomen osallistumisesta kansainväliseen yhteistyöhön eli *Tuomas Ojasen* sanoin *kansainvälisyysperiaate*.¹⁰⁰ Tuon perustuslain säännöksen tarkoituksena oli avartaa vanhan hallitusmuodon aikana sangen jäykäksi muodostunutta Suomen täysivaltaisuuden tulkintaa. Näin säännöstä on myös sovellettu perustuslakivaliokunnan käytännössä, minkä seurauksena kansainvälisiä velvoitteita on voitu aikaisempaa helpommin pitää Suomen täysivaltaisuuden kannalta ongelmattomina.

Tärkein Suomen oikeusjärjestystä eurooppalaistumiselle avaava tekijä on kuitenkin perustuslakivaliokunnan pitäytyminen perinteiseen poikkeuslakien vaikutusta koskevaan aukko-teoriaan myös arvioitaessa EU:n toimivallan käyttöä sekä perussopimusmuutosten käsittelyjärjestystä. Liittymissopimuksen voimaansaattamisella tehty aukko Suomen valtiosääntöön kattaa siten unionin toimielinten toiminnan, sikäli kuin se pysyy EY-tuomioistuimen hyväksymissä rajoissa. Aukkoteoria tavallaan poistaa Suomen oikeusjärjestyksen vastustuskyvyn EU-oikeutta kohtaan, kun EU:lle siirtyneitä toimivaltoja ei voida arvioida esimerkiksi kansalliseen perustuslakiin sisältyvän delegointisäännöksen tulkintana vaan pelkästään suhteessa asianomaiseen voimaansaattettuun EU:n primäärioikeudelliseen instrumenttiin. Aukkoteorian vuoksi esimerkiksi EU:n perustuslakisopimukseen sisällytetty perusoikeuskirja ei Suomen valtiosäännön kannalta koskenut perustuslakia, koska sen voimaansaattaminen ei olisi edellyttänyt poikkeamista perustuslaista.¹⁰¹

⁹⁹ Jääskinen 2005 s. 523.

¹⁰⁰ Ojanen 2004 s. 401–406.

¹⁰¹ Esitin perustuslakivaliokunnan asiantuntijana EU:n perustuslakisopimuksen käsittelyn yhteydessä, että valio-kunta käyttäisi tätä tilaisuutena siirtyä hieman materiaalisempaan käsittelyjärjestyksen arviointiin, jossa otettaisiin huomioon myös voimaansaattettavien EU:n perussopimusmuutosten konstitutionaalinen digniteetti. Perustus-

Suomen oikeusjärjestyksen eurooppalaistuminen on tarkoittanut sellaisten oikeuslähteiden voimaantuloa, joilta puuttuu käsitteellinen tai oikeussystemaattinen tuki kansallisessa oikeusjärjestyksessä tai sen taustalla olevassa syvärakenteessa. Tästä on käytännössä seurannut ilmiö, jota *Thomas Wilhelmsson* on jo klassiseksi tulleet metaforalla kuvannut vieteriukko-ilmiöksi. EU-oikeus pomppaa soveltamistilanteessa kuin vieteriukko aiheuttaen yllätyksen oikeuden sisällön suhteen ja hämmennystä vakiintuneiden periaatteiden ja oikeuskäsitteiden sisällöstä. (Ks. jäljempänä 8.4) Tuore esimerkki vieteriukkoilmiöstä on EY-tuomioistuimen korkeimmalle hallinto-oikeudelle marraskuussa 2007 antama ennakkoratkaisu asiassa C-435/06. EY-tuomioistuimen mukaan lastensuojeluasia, joka jäsenvaltion oikeuden mukaan on luonteeltaan julkisoikeudellinen, voi unionioikeuden kannalta olla siviilioikeudellinen asia ja sellaisena kuulua yksityisoikeuden yhteistyössä hyväksytyn Bryssel II a-asetuksen soveltamisalaan.¹⁰²

Vieteriukko-vertaus ei perustele joskus esitettyä näkemystä, että EU-oikeudella ei olisi systematiikkaa. Se kuitenkin osoittaa, että perustavimmanlaatuisetkin oikeussystemaattiset jaotteet – kuten ero yksityisoikeuden ja julkisoikeuden välillä – voivat EU-oikeudessa saada erilaisen ja kansallisista oikeuksista eroavan tulkinnan. Kansallisen oikeuden eurooppalaistumisen näkökulmasta tämä edellyttää kykyä suhteuttaa kansallinen ja eurooppalainen käsitteistö toisiinsa. Syvemmästä oikeusteoreettisesta näkökulmasta se herättää kysymyksen oikeudellisen käsitteenmuodostuksen ja systematisoinnin suhteesta oikeuskulttuuriin. Tarkoittaako EU-oikeuden laajentuminen oikeusjärjestyksen keskukseen kuuluville ydinalueille kuten siviili- ja rikosoikeuteen sitä, että myös näiden oikeudenalojen peruskäsitteet ovat kontingenteja ja sellaisina manipuloitavissa käytännön yhdentymisen tarpeiden mukaisesti? Toisesta näkökulmasta tämä kysymys liittyy siihen, voiko unionioikeuden kaltainen monikielinen ja monikulttuurinen oikeusjärjestys olla olemassa ilman, että hyväksytään loogis-analyttisestä filosofiasta inspiraationsa saavan oikeusteorian näkemys oikeudellista käsitteistä sattumanvaraisina ja valittavissa olevina ilmiöinä. Tämä kysymys on artikkelissa 7 ehdotetun analyttisen oikeusteorian EU-oikeuteen soveltamisen taustalla.

lakivaliokunnan näkemyksen mukaan unionin perusoikeuslottuvuuden vahvistaminen ei vaikuttanut perustuslakisopimuksen käsittelyjärjestykseen. Ks. PeVL 36/2006 vp s. 7/II ja PeVL 13/2008 vp s. 6/I.

¹⁰² Tuomio osoittaa toisaalta oikeuden eurooppalaistumiseen sisältyvän paradoksaalisuuden. EY-tuomioistuimen mukaan EU-oikeudessa käsitteen yksityisoikeus sisältö on riippumaton kansallisista oikeuksista. Sen mukaisesti päätös, joka on Ruotsin (ja Suomen) oikeuden mukaan julkisoikeudellinen hallintopäätös, voi olla EU-oikeuden kannalta yksityisoikeudellinen tuomio. Täten ratkaisu koskee kansallisen oikeusjärjestyksen ja oikeuskulttuurin kannalta kaikista keskeisimpiä kategorioita. Toisaalta asiassa kysymyksessä ollut oikeudellinen tilanne eli pohjoismaisen lastensuojelupäätöksen täytäntöönpano on lastensuojelua koskevassa hallintolainkäytössä marginaalinen asia. Sitä koskevia hallintotuomioistuinten päätöksiä on kertynyt neljässä vuosikymmenessä vain jokunen.

3. EU:n perustuslaillistuminen – nec plus ultra?¹⁰³

3.1. EU:n perustuslaillistumiskehityksestä

EU:n perustuslaillistumisella¹⁰⁴ (*constitutionalization*) tarkoitetaan näkemystä, jonka mukaan EU-oikeus on kulkemassa tai ainakin sen pitäisi kulkea valtiosääntöoikeudelliseen suuntaan. Perustuslaillistuminen voidaan siten ymmärtää jo tapahtuneeksi kehitykseksi, käynnissä olevaksi prosessiksi tai unionin kehittämisen tavoiteltavaksi lopputulokseksi. Nämä näkökulmat eivät sulje toisiaan pois, koska perustuslaillistuminen on ollut osa Euroopan integraatiokehitystä unionin alkuaajoista saakka. Toisaalta tämä prosessi ei vielä ole saavuttanut loppupistettään, eikä sen lopullinen määränpää ole tiedossa.

Sisällöllisesti perustuslaillistumisella viitataan EU:n oikeusjärjestyksen ja varsinkin sen tulkinnan irtautumiseen kansainvälisen oikeuden lähtökohtana olevasta ”valtioindividualismista”. Valtio-opillisesti konstitutionalismin eli perustuslaillisuuden perusajatuksena voi pitää ylimmän poliittisen vallankäytön rajoittamista ennalta annettujen ylempien tai perustavanlaatuisten oikeussääntöjen nojalla vastakohtana anarkialle, mielivallalle tai despotialle. Tällöin perustuslaillisuuden käsitteellisenä vastakohtana on siis oikeudellisesti rajoittamaton vapaus.

Yleistä kansainvälistä oikeutta pidetään lähtökohdiltaan ei-konstitutionaalisenä järjestelmänä, koska valtion velvoitteiden perustana on soveltamisalaltaan rajattua pakottavaa oikeutta (*jus cogens*) lukuun ottamatta sen oma tahto. EU:n perustuslaillistumiskehityksessä katsotaan jäsenvaltioiden suvereniteetin rajoittuneen tai rajoittuvan pelkkää toimivaltuuksien siirtämistä tai täysivaltaisuuden yhdistämistä (*pooling of sovereignty*) syvällisemmässä merkityksessä.

EU:n synnyn ja kehityksen valtio-oikeudellinen–usein keskustelun taustalla lymyävä–peruskysymys koskee unionin valtiollisuutta (*statehood*). Onko ylikansallisen integraation päämääränä suvereeni eurooppalainen supervaltio? Missä määrin jäsenvaltiot voivat rajoittaa suvereniteettiaan tai siirtää täysivaltaisuuteensa kuuluvia suvereenieja oikeuksiaan unionille ilman, että ne kadottavat oman suvereniteettinsa ja valtiollisuutensa, siis poliittisen itsenäisyytensä?

Keskustelun käsitteellisenä taustana on dikotomia valtio/ei-valtio ja täysivaltaisuus (suvereniteetti) tätä dikotomiaa määrittävänä ominaisuutena. Tuolloin unioni voi olla valtio-oikeudellisesti ainoastaan joko valtioliitto (konfедераatio) tai liittovaltio (federaatio). Konfедераatiossa jäsenvaltiot säilyttävät suvereniteettinsa, mutta unioni ei voi olla perusluonteeltaan

¹⁰³ Tämä teksti (”ei tästä edemmäs”) oli kreikkalaisen mytologian mukaan kirjoitettu Välimeren ja Atlantin yhtymäkohdassa Gibraltarin salmen rannalla oleviin Herkuleen pylväisiin.

¹⁰⁴ Käytin artikkelissa 5 termiä perustuslakikehitys, koska se oli mielestäni kielellisesti vähemmän kömpelö kuin perustuslaillistumiskehitys tai esimerkiksi valtiosääntöistyminen. Perustuslakisopimuksen jälkeen termi perustuslakikehitys voi antaa liian kapean – pelkästään sanottuun sopimukseen viittaavan mielleyhtymän – minkä vuoksi käytän tästä eteenpäin termejä perustuslaillistuminen tai perustuslaillistumiskehitys käsitteen *constitutionalization* vastineena.

konstitutionaalinen. Liittovaltiossa jäsenvaltiot ovat puolestaan täysivaltaisuutensa menettäneitä osavaltioita, mutta niiden ja unionin välinen suhde samoin kuin niiden keskinäiset suhteet ja kansalaisten asema määrittyy unionin valtiosäännön pohjalta, siis perustuslaillisuuden periaatetta noudattaen.

Unionin – varsinkin Euroopan yhteisöjen – kehityksessä on pyritty irtautumaan valtio/ei-valtio-dikotomiasta ja löytämään käsitteellisiä välineitä hahmottaa oikeudellisesti sitä todellisuutta, jossa unioni poikkeaa laadultaan tavallisista hallitustenvälisistä kansainvälisistä järjestöistä, mutta toisaalta ei selvästikään ole saavuttanut sisäisesti tai ulkoisesti valtiollisuutta huolimatta toimielimille yhä suuremmassa määrin siirtyneistä toimivalloista. Sellaiset käsitteet kuin ylikansallisuus, *sui generis* –yhteenliittymä, poliarkia tai transnationaalinen konstitutionismi taikka näkemys suvereniteetin käsitteen vanhentuneisuudesta ilmentävät tällaista pyrkimystä ”ylittää” valtio/ei-valtio-dikotomia.

Oikeusteorian näkökulmasta kysymys on sen *Kelsenin* ajatuksen soveltamisesta, jonka mukaan konfедераation ja federaation välinen ero koskee vain vallan desentralisaation asteetta¹⁰⁵. Tähän sisältyy ajatus kansallisvaltion ja liittovaltion välisen eron luonteesta aste-erona – ei binäärisenä *joko-tai*-dikotomiana – ja vastaavasti sellaisten valtioyhteenliittymien mahdollisuus, jotka eivät ole enää pelkkiä konfедераatioita, mutta eivät vielä federaatioitakaan.

3.2. EU:n perustuslakisopimuksen valmistelu

Nizzan huippukokouksessa joulukuussa 2000 hyväksyttiin EU:n tulevaisuutta koskeva julistus, jossa päätettiin ryhtyä unionin laajuiseen keskusteluun unionin tulevaisuudesta ja erityisesti unionin ja jäsenvaltioiden välisestä toimivallanjaosta, perusoikeuskirjan oikeudellisesta asemasta, perussopimusten yksinkertaistamisesta ja kansallisten parlamenttien asemasta Euroopan yhdentymisessä. Valmistelun pohjalta Laekenin Eurooppa-neuvosto hyväksyi syksyllä 2001 julistuksen unionin tulevaisuuskysymysten valmistelusta valmistelukunnassa (konventti), jossa olivat edustettuina jäsenvaltioiden hallitukset ja parlamentit sekä Euroopan parlamentti.

Kirjoitin artikkelin 5¹⁰⁶ kevättälvellä 2001, siis ennen Laekenin Eurooppa-neuvostoa. Tuolloin EU:n perustuslakihankkeesta ei vielä ollut tehty lopullisia poliittisia päätöksiä. Kaikkialla unionissa käytiin kiivasta akateemista ja poliittista keskustelua tarpeesta laatia unionille perustuslaki ja siten saattaa integraatiokehitys vakaalle oikeudelliselle pohjalle. Joissakin puheenvuoroissa nähtiin tilaisuus Euroopan yhdentymisen uudelle alulle, jossa alakohtaiseen funktionalistiseen ylikansallisuuteen pohjautuva Monnet-metodi korvautuisi konstitutionalis-

¹⁰⁵ Ks. Kelsen GLS s. 316.

¹⁰⁶ Euroopan unionin konstituutio-perussopimus vai perustuslaki? OIKEUSTIEDE–JURISPRUDENTIA XXXIV 2001, s. 67–153.

min ihanteita heijastavalla eurooppalaisen poliittisen yhteisön (*polity*) perusteet luovalla kokonaisratkaisulla.¹⁰⁷

Minua tuo keskustelu askarrutti sekä teoreettisesti että valtiosääntökäytännön kannalta. Pidin teoreettisesti mielenkiintoisena sitä, että yhdentymisen oikeudellisia perusteita koskeva diskurssi näytti vuosikymmenestä toiseen palaavan samoihin perusasioihin, aina kuitenkin hiekan erilaisesta näkökulmasta ja uudenaikaiseksi kehittyneen poliittisen todellisuuden pohjalta. Vuosituhannen vaihteessa käydyssä keskustelussa perustuslaillistuminen näyttäytyi uutena mahdollisuutena, vaikka samalla käsitteellä oli jo kauan selitetty EY-tuomioistuimen oikeuskäytännön määrittämän oikeusjärjestyksen eräitä piirteitä ja ajatus konstitutionalismista oikeudellisena periaatteena esitettiin oikeuskäytännössä jo 1950-luvulla hiili- ja teräsyhteisön kohdalla.¹⁰⁸

Toisaalta minua huoletti keskustelun – varsinkin keskusteluun osallistuneiden poliitikkojen puheenvuorojen – valtiosääntöoikeudellinen kevytmielisyys. Katsoin artikkelin johtopäätöksenä, että ”poliittisen huomion kiinnittyminen institutionaalisiin tai konstitutionaalisiin kysymyksiin on omiaan etäännyttämään unionia kansalaisistaan, mistä kehitys Maastrichtin ja Amsterdamin kautta Nizzaan on osoituksena.”¹⁰⁹ Artikkelin 5 tarkoituksena oli siten selkeyttää käsitteellisesti sekä omia ajatuksiani että Suomessa EU:n perustuslakihankkeesta käytyä keskustelua.

Laekenin julistuksen mukaisesti asetettu valmistelukunta, jonka puheenjohtajaksi valittiin Ranskan entinen presidentti *Valéry Giscard d'Estaing*, toimi vuosina 2002–2003. Vastoin toimeksiantoaan valmistelukunta päätti laatia vain yhden yhtenäisen ehdotuksen, jonka se otsikoi sopimukseksi Euroopan perustuslaista. Kysymys ei kuitenkaan ollut ”varsinaisesta”, konstitutiivista valtiollista valtaa käyttävän organin antamasta perustuslaista, vaan muodoltaan jäsenvaltioiden välisestä kansainvälisestä sopimuksesta.

Valmistelukunnan ehdotusta käsiteltiin jäsenvaltioiden välisessä hallitusten välisessä konferenssissa vuosina 2003–2004. Vaikeiden neuvottelujen jälkeen ehdotus johti perustuslakisopimuksen allekirjoittamiseen Roomassa 29.10.2004.

Perustuslakisopimuksen ratifiointikierros kuitenkin keskeytyi, kun sopimus hylättiin kahdessa kansanäänestyksessä vuonna 2005, ensiksi Ranskassa toukokuussa ja sen jälkeen kesäkuussa Alankomaissa. Koska nämä maat ovat unionin perustajavaltioita, perustuslakisopimushanke ajautui syvään kriisiin. Tästä huolimatta Suomen eduskunta hyväksyi perustuslakisopimuksen joulukuussa 2006 (HE 67/2006 vp).

¹⁰⁷ Tuonsuuntainen eurooppalaisen intellektuellin puheenvuoro on esimerkiksi Habermas 2001. Perustuslakisopimuksen valmistelua edeltäneestä keskustelusta ks. myös Nieminen s. 92–100.

¹⁰⁸ Julkisasiamies Larange luonnehti vuonna 1956 hiili- ja teräsyhteisön perustamissopimusta yhteisön materiaaliseksi peruskirjaksi, vaikkakin kansainvälisen sopimuksen muodossa tehdyksi. Costa v. Enel –asiassa antamassaan lausunnossa Lagrange luonnehti Rooman sopimusta luonteeltaan konstitutionaaliseksi. Ks. Barents s. 279.

¹⁰⁹ Jääskinen 2001a s.146.

Perustuslakihankkeen umpikuja avattiin kesällä 2007, jolloin Eurooppa-neuvostossa hyväksyttiin yksityiskohtainen mandaatti perustuslakisopimuksen korvaavaa ”uudistussopimusta” koskevien neuvottelujen ohjeeksi.¹¹⁰ Mandaatin pohjalta toiminut hallitusten välinen konferenssi laati ehdotuksen uudistussopimukseksi Euroopan unionista tehdyn sopimuksen ja Euroopan yhteisön perustamissopimuksen muuttamisesta. Uudistussopimus eli Lissabonin sopimus allekirjoitettiin 13.12.2007 ja sen ratifiointimenettelyt ovat tätä kirjoitettaessa käynnissä.¹¹¹ Irlannin 13.6.2008 vahvistunut kielteinen kansanäänestystulos huomioon ottaen jää nähtäväksi, tuleeko sopimus koskaan voimaan.

3.3. Perustuslakisopimuksen ja Lissabonin sopimuksen vertailua

*Perustuslakisopimus*¹¹² oli muodoltaan jäsenvaltioiden välinen sopimus, ei valtiollinen perustuslaki. Se jakautuu neljään osaan, joita täydentävät 36 pöytäkirjaa ja 2 liitettä. Perustuslakisopimuksen oli tarkoitus korvata parikymmentä aiempaa sopimusta, muun muassa perustamissopimukset ja liittymissopimukset voimassa olevine osineen. Euroopan ydinenergiayhteisön (Euratom) perustamissopimus olisi kuitenkin säilynyt erillisenä sopimuksena. Perustuslakisopimus käsitti edelleenkin 448 artiklaa, joten valmistelujen aikana esitetty tavoite kansalaisläheisestä ja helppolukuisesta perustuslakiasiakirjasta ei toteutunut.

Perustuslakisopimuksen I osassa määriteltiin unionin tavoitteet ja perusperiaatteet sekä rakenteen pääpiirteet. Kysymyksessä oli eräänlainen ”EU taskukoossa”. Sopimuksen II osa sisälsi EU:n vuonna 2001 poliittisena julistuksena hyväksytyn perusoikeuskirjan sisällön saatettuna oikeudellisesti sitovaan muotoon. Perustuslakisopimuksen III osa sisälsi perussopimusten vanhat unionin politiikkaa ja toimintaa koskevat määräykset saatettuina ajan tasalle. Tältä osin kysymys on normeista, joita ei kansallisvaltioiden näkökulmasta voida pitää perustuslailisina, vaan pikemmin taloudelliseen ja sosiaaliseen ”konstituutioon” kuuluvina. Perustuslakisopimuksen IV osa sisälsi yleiset ja loppumääräykset.

*Lissabonin sopimus*¹¹³ on laadittu EU:n perussopimusten perinteisellä muuttamistekniikalla, jota on noudatettu liittymissopimuksissa sekä Euroopan yhtenäisasiakirjassa, Maastrichtin sopimuksessa, Amsterdamin sopimuksessa ja Nizzan sopimuksessa. Tämä tarkoittaa sitä, että Lissabonin sopimuksen määräykset ovat pääosin voimassa olevien perussopimusmääräysten tekstimuutoksia lueteltuina muutettavien perussopimusten disposition mukaisessa järjestyk-

¹¹⁰ Ks. IGC 2007 Mandate, Council of the European Union 26 June 2007 11218/07.

¹¹¹ Hallituksen esitys 23/2008 vp Lissabonin sopimuksen hyväksymisestä on hyväksytty eduskunnassa 11.6.2008.

¹¹² Selkeä ja tiivis yleisesitys perustuslakisopimuksesta on Piris. Perustuslakisopimuksen eroista voimassa oleviin perussopimuksiin nähden ks. Constitution européenne. Suomen kielellä parhaat lähteet perustuslakisopimukseen ovat Tiilikainen–Helander–Heliskoski sekä tietysti HE 67/2007 vp.

¹¹³ Ks. EUVL 2007/C 306/01: Lissabonin sopimus Euroopan unionista tehdyn sopimuksen ja Euroopan yhteisön perustamissopimuksen muuttamisesta, allekirjoitettu Lissabonissa 13 päivänä joulukuuta 2007.

sessä. Sisällön kannalta Lissabonin sopimus on tiettyjä poliittisesti tärkeitä yksityiskohtia lukuun ottamatta perustuslakisopimus eri tekniikalla ja eri järjestyksessä esitettynä.

Lissabonin sopimus säilyttää Euroopan unionista tehdyn sopimuksen ja Euroopan yhteisön perustamissopimukset kahtena erillisenä sopimuksena, mutta muuttaa jälkimmäisen nimen sopimukseksi Euroopan unionin toiminnasta. Se jättää perustuslakisopimuksen tavoin Euratomin perustamissopimuksen erilliseksi asiakirjaksi. Perustuslakisopimuksesta poiketen Lissabonin sopimus ei kumoa vanhoja perussopimuksia, vaan ainoastaan muuttaa ja täydentää niitä. Siihen ei siten liity ajatusta unionin ”uudesta alusta”, mikä oli perustuslakisopimuksessa toteutettu luomalla uusi Euroopan unioni –niminen kansainvälinen järjestö, joka olisi oikeudellisesti ollut Maastrichtin sopimuksen mukaisen EU:n ja Rooman sopimuksella syntyneen Euroopan yhteisön oikeudellinen seuraaja.

Lissabonin sopimus on poliittinen vastaus Ranskan ja Alankomaiden kansanäänestysten ilmaisemaan euroepäilevään kansalaismielipiteeseen, joka ei ole merkityksetön muissakaan jäsenvaltioissa. Tämän vuoksi siitä on karsittu kaikki perustuslakisopimuksessa ollut valtiollisuuteen viittaava konstitutionaalinen ”kuorutus” kuten unionin tunnusta, lippua ja kansallislaulua koskevat määräykset, sellaiset nimitykset kuin presidentti, ulkoministeri, laki ja puitelaki, sekä poliittisesti vaikea deklaratorinen määräys unionin oikeuden etusijasta. Jäsenvaltioiden sisäpoliittisiin ongelmiin liittyen perusoikeuskirja siirrettiin pois varsinaisesta sopimustekstistä, vaikka se sitookin oikeudellisesti muita jäsenvaltioita kuin Yhdistynyttä kuningaskuntaa ja Puolaa, ja vaikeutettiin unionin liittymisessä Euroopan ihmisoikeussopimukseen noudatettavaa menettelyä. Ranskassa vallalla olevalle antiliberaalille talouspoliittiselle ajattelulle vastenmielinen viittaus vääristymättömään kilpailuun sisämarkkinoilla häivytettiin siirtämällä se varsinaisesta sopimuksesta pöytäkirjaan.

3.4. Unionin perustuslaillistumiskehitys perustuslakisopimuksen ja Lissabonin sopimuksen valossa

Artikkelin 5 keskeinen ajatus oli tarkastella unionin perustuslaillistumiskehityksen eri ulottuvuuksia kahden eri käsitejärjestelmän tai pikemminkin ehkä saman käsitejärjestelmän kahden eri tulkinnan näkökulmasta. Lähtökohtanani oli se, että poliittisen yhteisön tiettyjä perusominaisuuksia kuvaavia käsitteitä kuten perustuslaki, valtiosäntö, liittovaltio, valtio, lainsäädäntö, eksekutiivi ja niin edelleen voidaan käyttää kahdella eri yleisyystasolla. *Institutionaalisella* tasolla tällaisia käsitteitä käytetään kuvaamaan poliittisen yhteisön normatiivisia rakenteita ilman kohteen luonnetta kokevia implikaatioita. *Valtiosidonnaisessa* käytössä tällaisilla käsitteillä nähdään sen sijaan välttämätön merkitysyhteys modernin kansallisvaltion käsitteeseen ja tähän käsitteeseen sisältyviin ideologisiin ja arvoperusteisiin teoreettisiin oletuksiin.¹¹⁴

¹¹⁴ Jääskinen 2001a s. 73–74.

EU:n perustuslaillistumiskehitys voidaan artikkelin 5 mukaan ymmärtää joko institutionaalisesti tai valtiosidonnaisesti. Institutionaalisesta näkökulmasta perustuslaillistuminen tarkoittaa unionin oikeudellisten rakenteiden kehitystä konstitutionaalisia periaatteita noudattaviksi ilman, että kysymys olisi samalla EU:n muuttumisesta liittovaltioksi. Valtiosidonnaisesta näkökulmasta perustuslaillistuminen on nimenomaan valtionmuodostusta. Unioni muuttuu valtioksi sitä kautta, että sille kehittyy tai säädetään perustuslaki, jollainen voi aidosti olla valtiola. Institutionaalinen käsitteistö tai näkökulma on laaja-alaisempi, koska pääosin perustuslaillistumiskehityksen problematiikka koskee kysymyksiä, jotka ovat samansisältöisiä liittovaltioissa tai sitä löyhemmissä yhteenliittymissä. Toisaalta valtiosidonnainen tarkastelu nostaa esiin asioita, joissa yhteenliittymän oikeudellisten rakenteiden sisällöllinen perustuslaillistuminen johtaa kysymykseen valtiollisuuden tunnusmerkeistä.¹¹⁵

Artikkelissa 5 tarkasteltiin neljää unionin perustuslakikehityksen aspektia ensiksi neutraalin institutionaalisesta näkökulmasta ja sitten valtiosidonnaisesta näkökulmasta. Tarkastelun kohteena olevat kysymykset olivat unionin konstituution kodifiointi, unionirakenteiden konsolidointi, unionin ulkoisen identiteetin vahvistaminen sekä muutokset unionin ja jäsenvaltioiden välisessä federatiivisessa balanssissa.¹¹⁶ Seuraavassa käydään läpi artikkelin 5 kysymyksenasetteluja perustuslakisopimuksen ja Lissabonin sopimuksen valossa.

3.4.1. Konstituution kodifiointi

Tarkoitin artikkelissa 5 konstituution kodifioinnilla operaatiota, jossa voidaan pyrkiä

- a) saattamaan EU:n muodollinen valtiosääntö eli perussopimukset teknisesti ajan tasalle;
- b) perkaamaan sieltä pois materiaaliseen valtiosääntöön kuulumaton sääntely;
- c) kirjaamaan muodollisen valtiosäännön tasolle perussopimusten ulkopuolella kehittyntä materiaalista valtiosääntöä kuten EU-oikeuden välitön oikeusvaikutus, etusija, EU:n toimivallan estevaikutus sekä perusoikeuskirja;
- d) eriyttämään sääntelyn muuttamiseen liittyvää päätöksentekomenettelyä ja toimivaltaa kohtiin a–c liittyvän oikeudellisen aineksen välillä.¹¹⁷

Kohdassa a tarkoitettu EU:n primäärioikeuden ajantasaistaminen sisältyy sekä perustuslakisopimukseen että Lissabonin sopimukseen, joilla on pyritty kumoamaan vanhentunut, lähinnä liittymissopimukseen tai perussopimusten siirtymäkausiin liittyvä sääntelyaines.

Kohdassa b tarkoitettu ei-konstitutionaalisen aineksen perkaaminen pois perussopimuksista ei sellaisenaan ole toteutunut. Kuitenkin perustuslakisopimuksen dispositio heijasti tätä ajatusta siinä merkityksessä, että sen I osa sisälsi tavallaan institutionaalis-organisen valtiosääntöai-

¹¹⁵ Jääskinen 2001a s. 80–81.

¹¹⁶ Jääskinen 2001a s. 81.

¹¹⁷ Jääskinen 2001a s. 81–82.

neksen ja II osa perusoikeusmääräykset eli nämä kaksi osaa yhdessä muodostivat pitkälti kansalliseen perustuslakiin verrattavan kokonaisuuden.

Perustuslakisopimuksen III osa sisälsi unionin eri politiikka-aloihin liittyvät oikeusperustat sekä päätöksentekoa ja toimielinten toimintaa koskevat tarkemmat säännökset. Luvun sääntelämille asioille analogiset kansalliset säännökset sisältyvät usein perustuslain sijasta tavallisiin lakeihin tai perustuslain ja tavallisten lakien väliin sijoittuviin ”orgaanilakeihin” (*loi organique*). Perustuslakisopimuksen IV osa säänteli asioita, jotka liittyivät sen luonteeseen kansainvälisoikeudellisena valtiosopimuksena. Myös sopimuksen laajat pöytäkirjat sisälsivät pääasiassa asioita, jotka juontuvat nimenomaan perustuslakisopimuksen valtioidenvälisen oikeustoimen luonteesta.

Edellä c-kohdassa tarkoitettu EU:n muodollisen valtiosäännön ulkopuolisen valtiosääntöaineksen kirjaaminen perussopimukseen osoitti, että voimassa olevan ei-säädännäisen EU-oikeuden muodollinen vahvistaminen ei ole ongelmatonta. Kuten artikkelissa 5 ennakoitiin, myös eräiden voimassa olevien perussopimussääntelyjenkin uudelleen kirjaaminen on osoittautunut poliittisesti vaikeaksi.

Sekä perustuslakisopimuksessa että Lissabonin sopimuksessa on omaksuttu EY-tuomioistuimen oikeuskäytännön mukainen unionin toimivaltojen luonnehdinta yksinomaiseksi, jaetuksi ja jäsenvaltioiden toimintaa avustavaksi toimivallaksi sekä periaate, jonka mukaan unionin toimivalta on erityistoimivaltaa yleistoimivallan jäädessä jäsenvaltioille. Lissabonin sopimuksessa toimivallanjakoa koskevien artiklojen sanamuotoja on vielä terävöitetty perustuslakisopimukseen nähden nimenomaan jäsenvaltioiden oikeuksia korostavaan suuntaan.

Perustuslakisopimukseen oli myös kirjattu artikla unionin oikeuden etusijasta. Tämä määräys on jätetty pois Lissabonin sopimuksesta, ja korvattu samansisältöisellä julistuksella.¹¹⁸ Sekä toimivaltamääräykset että etusijamääräyksen pois jättäminen kuvaavat nähdäkseni pyrkimystä suojata jäsenvaltioiden toimivaltapiiriä oikeuskäytännön kautta tapahtuvalta unionin toimivallan laajentumiselta ja välttää EU-oikeuden ja kansallisen valtiosäännön suhdetta koskevan debatin kärjistyksiä kansallisessa ratifiointikäsittelyssä.

Nizzan Eurooppa-neuvoston yhteydessä poliittisena julistuksena hyväksytty Euroopan unionin perusoikeuskirja oli tarkoitettu deklaratoriseksi, unionin oikeudessa yleisinä oikeusperiaatteina jo voimassa olleiden perusoikeuksien luetteloksi. Tästä huolimatta perusoikeuskirjan muodollinen ”oikeudellistaminen” muodostui poliittisesti kiistanalaiseksi sekä perustuslakisopimuksen valmistelujen että Lissabonin sopimuksen laatimisen yhteydessä.

¹¹⁸ Lissabonin sopimuksessa ei enää ole myöskään Amsterdamin sopimuksella hyväksytyn toissijaisuus- ja suhteellisuusperiaatteen soveltamista koskevan pöytäkirjan (EY:n perustamissopimus, pöytäkirja N:o 30) 2 kohdassa nykyisin olevaa viittausta EY-tuomioistuimen luomiin kansallisen oikeuden ja yhteisen oikeuden suhdetta koskeviin periaatteisiin.

Yhdistyneen Kuningaskunnan pyrkimyksenä on ollut estää perusoikeuskirjaan sisältyvien taloudellisia, sosiaalisia ja sivistyksellisiä perusoikeuksia (TSS-oikeudet) koskevien määräyksien muodostuminen EY-tuomioistuimen tai kansallisten tuomioistuinten oikeuskäytännön kautta välittömästi yksityisten oikeusasemaan vaikuttaviksi normeiksi. Perustuslakisopimuksessa tämä näkyi sopimuksen II osaan otetun perusoikeuskirjan oikeusvaikutusta koskevan tekstin täsmentämisellä. Lissabonin sopimukseen Yhdistynyt Kuningaskunta neuvotteli itselleen erityisaseman, jota voidaan asiallisesti pitää perusoikeuskirjaa koskevana varaumana. Myös Puolan tuolloinen konservatiivinen hallitus neuvotteli maalleen samanlaisen erityisaseman Lissabonin sopimukseen, joskaan sen motiivina ei ollut TSS-oikeuksia kohtaan tunnettu pelko vaan halu suojata moraalisia perhearvoja perusoikeuskirjan mahdollisilta liberalistisilta tulkintoilta.¹¹⁹

Kuten artikkelissa 5 ennakoitiin, Euratom-sopimuksen uusi ratifiointikäsitteily edes primääri-oikeuden teknisen kodifioinnin yhteydessä ei ollut mahdollista monille jäsenvaltioille¹²⁰, vaan sekä perustuslakisopimus että Lissabonin sopimus jättivät Euroopan ydinenergiayhteisön ja sen perustamissopimuksen unionin muusta uudistamisesta irralliseksi saarekkeeksi. Sen sijaan talous- ja rahaliiton suhteen eivät ennakoimani vaikeudet toteutuneet, mutta Ranskan vaatimuksesta tehty kilpailupolitiikan optisen aseman heikentäminen perustui samanlaiseen markkinatalousideologian konstitutionalisointia vieroksuvaan asenteeseen.¹²¹

Edellä d kohdassa tarkoitettu sääntelyn muuttamiseen liittyvän päätöksentekomenettelyn ja toimivallan erittyttäminen kohtiin a–c liittyvän oikeudellisen aineksen välillä on toteutettu sekä perustuslakisopimuksessa että Lissabonin sopimuksessa määräyksillä, jotka mahdollistavat unionin toimintaa koskevien perussopimusmääräysten (perustuslakisopimuksen III luku, unionin toiminnasta tehdyn sopimuksen III osa) tarkistamisen niin sanottua *yksinkertaistettua tarkistusmenettelyä* noudattaen. Asiasta päättää Eurooppa-neuvosto yksimielisesti ja jäsenvaltioiden on hyväksyttävä päätös valtiosääntönsä mukaisesti. Tässä järjestyksessä tehtävällä päätöksellä ei kuitenkaan voida lisätä unionin toimivaltaa. Eurooppa-neuvoston yksimielisellä päätöksellä voidaan myös muuttaa neuvoston päätöksentekosääntö yksimielisyydestä määränemmistöpäätöksenteoksi tai siirtyä jostakin erityisestä lainsäädäntöjärjestyksestä yleiseen lainsäädäntöjärjestykseen eli nykyiseen yhteispäätösmenettelyyn. Mikä tahansa kansallisista parlamenteista voi kuitenkin estää Eurooppa-neuvoston päätöksen tekemisen.¹²²

Yksinkertaistetuissa tarkistusmenettelyissä on säilytetty kansallinen veto-oikeus. Näin ollen niissä on tosin muodollisesti kysymys unionin perustuslakia säätävän vallan siirtymisestä toimi-
mielimelle (Eurooppa-neuvosto), mutta yksimielisyyttä ja kansallista hyväksymistä tai kansallisen parlamentin veto-oikeutta koskevat ehdot pysyttävät lopullisen päätösvallan jäsenvalti-

¹¹⁹ Perusoikeuskirjaan palataan vielä jäljempänä perusoikeusjärjestelmää koskevassa jaksossa.

¹²⁰ Jääskinen 2001 s. 82–83.

¹²¹ Ks. Jääskinen 2001 s. 82–83. Vääristymätöntä kilpailua sisämarkkinoilla koskevan unionin tavoitteen Ranskan kansanäänestyskamppailussa saamasta merkityksestä ks. Piris s. 188–189.

¹²² Lissabonin sopimuksen 1 artiklan 56 kohta eli nykyisen EU 48 artiklan muutettu teksti.

oilla. Yksinkertaistettu tarkistusmenettely mahdollistaa siten perussopimusten muuttamisen ao. kohdilta ilman hallitusten välistä konferenssia ja muodollista kansallista ratifiointimenettelyä.

3.4.2. Unionirakenteiden konsolidointi

Artikkelissa 5 katsottiin, että unionia voi pitää vertailevasta näkökulmasta harvinaisen monimutkaisena ja vaikeaselkoisena, mitä tulee keskusvallan käytön sääntelyyn sekä keskusvallan ja perusyksiköiden välisten suhteiden järjestämiseen. Katsoin myös, että organisatorisesti sekä toimielinten tehtävien ja vallanjaon kannalta unionin kehitys oli Amsterdamin ja Nizzan sopimuksien pohjalta edennyt entistä vaikeaselkoisempaan suuntaan. Unioni oli mielestäni vielä kaukana johdonmukaisesta ja ymmärrettävästä lopputuloksesta, jollaisena pidin unionia, joka kaikilla toimialoillaan toteuttaisi yhteisömenetelmää eli Euroopan yhteisön oikeus- ja toimielinjärjestelmän peruseriaatteita.¹²³

Unionirakenteiden konsolidoinnin kannalta sekä perustuslakisopimuksen että Lissabonin sopimuksen tärkein anti on luopuminen pilarijaosta ja siihen liittyneestä Euroopan unionin ja Euroopan yhteisön välisestä erosta. Kummassakin sopimuksessa on III pilari eli rikosoikeuden ja poliisiyhteistyö saatettu samaan asemaan kuin yhteisöpolitiikat; sen sijaan II pilarin (yhteinen ulko- ja turvallisuuspolitiikka ja yhteinen turvallisuus- ja puolustuspolitiikka) toimintaperiaatteissa on säilytetty hallitustenvälisiä piirteitä. Lissabonin sopimuksessa tämä asia näkyy korostuneempana sen vuoksi, että siinä vanhan II pilarin asiat on ainoina politiikkaaloina jätetty Euroopan unionista tehtyyn sopimukseen muiden politiikkaalojen sääntelyn sisältyessä Euroopan unionin toiminnasta tehtyyn sopimukseen. Yhteisön ja unionin välisen eron poistumiseen liittyy unionin kansainvälisen oikeushenkilöllisyyden selkeä tunnustaminen ja unionin eri sektoreilla harjoittaman ulkoisen toiminnan saattaminen saman henkilön johtoon.¹²⁴

Unionirakenteen konsolidointiin liittyviä, sekä perustuslakisopimuksessa että Lissabonin sopimuksessa toteutettuja uudistuksia ovat yhteispäätösmenettelyn yleistäminen yleiseksi lainsäädäntöjärjestykseksi, talousarviomenettelyn lähentäminen lainsäädäntömenettelyyn, kahteen edelliseen sisältyvä Euroopan parlamentin aseman johdonmukaistaminen ja parantaminen, Eurooppa-neuvoston pysyvän puheenjohtajan tehtävän luominen sekä neuvoston puheenjohtajuusjärjestelmän uudistaminen.

Vastakkaiseen suuntaan vaikuttavia – siis EU:n päätöksenteon toiminnan johdonmukaisuutta ja selkeyttä vähentäviä – uudistuksia ovat molemmissa sopimuksissa ensinnäkin kansallisten parlamenttien muodollinen kytkeminen EU:n päätöksentekoon niin sanotun toissijaisuusperi-

¹²³ Jääskinen 2001a s. 84.

¹²⁴ Ks. seuraava jakso.

aatteen noudattamisen valvonnan kautta¹²⁵ sekä unionin ulko- ja turvallisuuspolitiikan korkean edustajan ja komission ulkosuhteista vastaavan jäsenen tehtävien yhdistäminen. Nämä uudistukset voivat sinänsä olla perusteltuja, mutta valta- ja vastuusuhteiden kannalta ne voivat hämärtää unionin toiminnan kokonaisuutta. Lissabonin sopimuksen entisestään laimentama Yhdistyneen Kuningaskunnan erityisasema samoin kuin Puolan liittyminen oikeudellisesti erityisasemassa olevien jäsenvaltioiden joukkoon Yhdistyneen Kuningaskunnan ja Tanskan ohelle lisää sitä EU:n fragmentoitumista, johon talous- ja rahaliittoa sekä Schengen-sopimuksen yhteisöllistämistä koskevat aiemmat päätökset ovat johtaneet.

3.4.3. Unionin ulkoisen identiteetin vahvistaminen

Perustuslakisopimuksen ja Lissabonin sopimuksen toteuttamista unionin ulkoisen identiteetin vahvistamista¹²⁶ koskevista uudistuksista tärkein on edellä jo mainittu luopuminen pilarijaosta sekä Euroopan unionin ja Euroopan yhteisön välisestä erosta. Johdonmukainen tästä seuraava ratkaisu on myös ollut oikeuskelpoisuuden tunnustaminen unionille eli sen määrittely oikeushenkilöksi sekä jäsenvaltioiden kansallisen oikeuden ja unionioikeuden että kansainvälisen oikeuden tasoilla. Totesin artikkelissa 5, että unioni täyttää yhtä lukuun ottamatta ne kriteerit, jotka yleensä on asetettu kansainvälisen järjestön oikeushenkilöllisyydelle. Tämä puuttuva linkki oli jäsenvaltioiden tahto; tuolloin oli epäilyksetöntä, että unionille ei ollut tahdottu myöntää kansainvälistä oikeushenkilöllisyyttä.¹²⁷ Jo artikkelia kirjoitettaessa oli kuitenkin havaittavissa huomattavaa epä johdonmukaisuutta unionisopimuksen tekstin ja unionin tosiasiallisen käyttäytymisen välillä, kun otettiin huomioon lukuisat unionin ja kolmansien valtioiden sopimukset myös II ja III pilarin asioissa. Myös doktriini oli jakautunut paitsi kysymyksessä unionin oikeushenkilöllisyydestä sinänsä, myös kysymyksessä unionin mahdollisen oikeushenkilöllisyyden ja yhteisön oikeushenkilöllisyyden välisestä suhteesta.

Lissabonin sopimuksella unionisopimukseen lisätään artikla 32, jonka mukaan ”Unioni on oikeushenkilö”. Oikeushenkilönä unioni on myös Euroopan yhteisön oikeudellinen seuraaja.¹²⁸ Tähän liittyvä tärkeä erityismääräys on unionin toiminnasta tehtävään sopimukseen otettava (EUT 188q) artikla unionin edustustoista kolmansissa maissa ja kansainvälisissä järjestöissä. Kansainvälisen oikeuden kannalta EU on siten Lissabonin sopimuksen voimaantulon jälkeen kansainvälinen järjestö, ei epämääräisiä periaatteita noudattaen esiintyvä valtiokoaliti-on ja kansainvälisen järjestön yhdistelmä.

¹²⁵ Kansallisten parlamenttien enemmistölle annetaan oikeus vaikeuttaa komission ehdotuksen etenemistä, jos ne pitävät sitä toissijaisuusperiaatteen vastaisena.

¹²⁶ Sivuutan tässä yhteisen ulko- ja turvallisuuspolitiikan samoin kuin yhteisen turvallisuus- ja puolustuspolitiikan sisältöä ja rakenteita koskevat perustuslakisopimuksen ja Lissabonin sopimuksen mukanaan tuomat muutokset.

¹²⁷ Jääskinen 2001a s. 86.

¹²⁸ Lissabonin sopimuksella unionisopimuksen 1 artiklan 3 kohta muutetaan, niin että määräyksessä todetaan unionin korvaavan Euroopan yhteisön, jonka seuraaja se on.

EU:n ulkoisen identiteetin vahvistamiseen liittyvä tärkeä ratkaisu on myös unionin ulko- ja turvallisuuspolitiikan korkean edustajan tehtävän aseman vahvistaminen niin, että hän toimii sekä ulkoasiainneuvoston puheenjohtajana että yhtenä komission varapuheenjohtajista vastuualueenaan komissiolle ulkosuhteiden alalla kuuluvat tehtävät.¹²⁹ Perustuslakisopimuksesta poiketen hänestä ei kuitenkaan käytetä nimitystä unionin ulkoasiainministeri. Kuten jo totesin, unionin toimielinten välisen tasapainon ja komission itsenäisyyden kannalta neuvoston yhden kokoonpanon pysyvän puheenjohtajan ja komission varapuheenjohtajan personaaliunioni on ongelmallinen ratkaisu. Toisaalta se on ehkä vähiten huono, jos tavoitteena on ollut pysyttää ulko- ja turvallisuuspolitiikan päätöksentekojärjestelmän yhteisöpolitiikoista eroava luonne, mutta samalla lisätä unionin ulkoisen toiminnan johdonmukaisuutta ja näkyvyyttä.

3.4.4. Federatiivinen balanssi

Käsittelin artikkelissa 5 otsikon ”federatiivinen¹³⁰ balanssi” alla kuutta eri asiakokonaisuutta. Federatiiviseen balanssiin liittyneitä asioita ovat artikkelissa 5 toimivaltaluettelo, toissijaisuusperiaatteen (subsidiariteettiperiaate) valvonta, toimivaltojen valvonta, perusoikeusjärjestelmä, kansanvaltaisuus ja perustuslakia säätävä valta.

3.4.5. Toimivaltaluettelo sekä toissijaisuusperiaatteen ja toimivaltojen valvonta

Kysymys unionin toimivaltojen rajaamisesta ja valvonnasta oli tärkeimpiä perustuslakisopimuksen laatimiseen johtaneita poliittisia kysymyksiä. Toimivaltaluettelo, toissijaisuusperiaatteen valvonta sekä toimivaltojen valvonta ovat eri näkökulmia samaan ongelmaan: EU:n toimivallan vaihkehaiseen kasvamiseen perussopimuksien tekstistä luettavaa toimivaltapiiriä laajemmaksi neuvoston päätöksenteon ja EY-tuomioistuimen tulkintakäytännön kautta.

Yhtenä ratkaisuna tähän ongelmaan oli varsinkin Saksassa kannatettu jonkinlaisen toimivaltaluettelon laatimista rajaamaan unionin toimivaltaa. Arvioin artikkelissa 5 keskustelussa esitetyjä eri vaihtoehtoja ja päädyin kantaan, jonka mukaan poliittinen peruskysymys pysyi samana keskusteluissa esitetyissä eri ratkaisuvaihtoehtoisissa. Tämä kysymys kuului: halutaanko integraatiokehityksen dynamiikalle ja evolutiivisuudelle asettaa oikeudelliset rajat tietyn ajan kohdan käsitysten pohjalta. Näin nykyisen järjestelmän korvaaviin vaihtoehtoihin liittyvän oikeudellisesti vaikeita ongelmia. Toisaalta itse toimivaltaluettelon laatimisen edellyttämä unionin nykyisen toimivallan systemaattinen läpikäynti saattoi mielestäni olla itsessään hyödyllistä.¹³¹

¹²⁹ Lissabonin sopimuksella unionisopimukseen liitettävä 9 e artikla.

¹³⁰ Artikkelissa 5 käytetään termiä federatiivinen silloin, kun kysymys on institutionaalisen kielenkäytön mukaisesti liittovaltionkaltaisuudesta (*bundesstaatsähnlich*), kun taas termistä federalismi johdetut ilmaisut viittaavat liittovaltiollisuuteen valtiosidonnaisessa merkityksessä.

¹³¹ Jääskinen 2001a s. 95.

Sekä perustuslakisopimuksessa että Lissabonin sopimuksessa on hylätty ajatus liittovaltioiden perustuslaeille tunnusomaisen toimivaltaluettelon laatimisesta unionin toimivallalla. Sen sijaan niissä on päädytty ratkaisuun, jossa

- nykyisen annetun toimivallan periaatteen (*attribution des compétences*) mukaisesti määritellään unionin toimivalta selkeästi erityistoimivallaksi. Toimivallan, jota perussopimuksissa ei ole annettu unionille, todetaan kuuluvan jäsenvaltioille;
- jaotellaan unionin toimivalta yksinomaiseen toimivaltaan, unionin ja jäsenvaltioiden välillä jaettuun toimivaltaan, talous- ja työllisyyspolitiikan yhteensovittamista koskevien sääntöjen antamiseen, yhteiseen ulko-, turvallisuus- ja puolustuspolitiikkaan liittyvään toimivaltaan sekä jäsenvaltioiden toimintaa tukevia, yhteensovittavia tai täydentäviä toimia koskevaan toimivaltaan;
- käydään läpi unionin toimivalta eri aloilla yllä mainittua jaottelua noudattaen;
- pysytetään kuitenkin nykyinen järjestelmä, jossa unionin toimivalta täsmentyy sen tavoitteiden ja tehtävien kautta perussopimuksen oikeusperusta-artikloissa; sekä
- säilytetään unionin mahdollisuus toteuttaa unionin tavoitteiden toteuttamiseksi välttämättömiä toimia myös tarkemman oikeusperustan puuttuessa eli nykyistä EY 308 artiklaa vastaava määräys.¹³²

Lissabonin sopimuksessa on perustuslakisopimukseen verrattuna täsmennetty edellä kuvattua sääntelyä jäsenvaltioiden toimivallan suojaamiseksi muun muassa toteamalla, että jaetun toimivallan aloilla toimivalta palaa jäsenvaltioille, jos unioni päättää lakata käyttämästä toimivaltansa tietyn kysymyksen suhteen.

Perustuslakisopimukseen johtaneessa prosessissa toimivaltaluettelo ja unionin toimivaltojen valvonta kietoutuivat osaksi laajempaa kokonaisuutta, jonka osia ovat toissijaisuusperiaatteen valvonta ja kansallisten parlamenttien asema EU:ssa. Toissijaisuusperiaate nousi 1980- ja 1990-luvun keskustelussa keinoksi hallita uhkaa, jonka EU:n toimivallan kasvusta nähtiin seuraavan jäsenvaltioiden ja varsinkin niitä alempien päätöksentekotasojen – kuten osavaltiot ja alueet – päätöksenteon itsenäisyydelle. Sen jälkeen kun toissijaisuusperiaate oli ensiksi Maastrichtin sopimuksella kirjattu perussopimuksiin ja Amsterdamin sopimuksella oli täsmennetty sen soveltamismekanismeja erillisellä pöytäkirjalla, useassa jäsenvaltiossa – varsinkin Ranskassa – nähtiin kansallisten parlamenttien rooliksi nimenomaan toissijaisuusperiaatteen soveltamisen poliittinen valvonta ja sitä kautta myös EU:n toimivallan käytön valvonta. EY-tuomioistuimen harjoittamaa oikeudellista valvontaa ei ole pidetty osana ratkaisua vaan pikemminkin osana ongelmaa. Akateemisessa keskustelussa esitetyillä vaihtoehdoilla kuten Ranskan perustuslakineuvoston kaltaisen kvasioikeudellisen ennakkovalvontaelimen perustamisella ei ollut vakavaa kannatusta perustuslakiprosessissa. Myös toissijaisuusperiaatteen asiallisesti liittyvä kysymys itsehallintoalueiden osallistumisesta EU:n päätöksentekoon jäi lopulta suhteellisen vaatimattomaan asemaan prosessissa.

¹³² Perustuslakisopimuksessa määräyksestä käytettiin nimitystä joustolauseke.

Samalla tavalla kuin annetun toimivallan periaate ovat myös toissijaisuusperiaate – ja siihen liittyvä suhteellisuusperiaate – perustuslakisopimuksessa ja Lissabonin sopimuksessa saaneet näkyvämmän aseman kuin nykyisissä perussopimuksissa. Kansallisille parlamenteille on annettu mahdollisuus eräänlaisen hätäjarrumekanismin kautta kontrolloida toissijaisuusperiaatteen ja myös 308 artiklan soveltamista; kansallisten parlamenttien enemmistö voi vaikeuttaa ehdotuksen hyväksymistä tavalla, joka käytännössä merkinnee ehdotuksen kaatumista. Kansallisten parlamenttien oikeutta saada EU:n päätöksentekoon liittyviä asiakirjoja suoraan toimielimiltä on vahvistettu. Lissabonin sopimus vielä vahvistaa kansallisten parlamenttien asemaa muun muassa pidentämällä kuudesta kahdeksaan viikkoon määräajan, jonka kuluessa kansallisen parlamentin tai sen kamarin on ilmaistava ehdotusta vastustava kantansa.

Suhtauduin artikkelissa 5 sangen arvostelevasti sekä toimivaltaluetteloon että kansallisten parlamenttien rooliin unionin toimivallan käytön ja toissijaisuusperiaatteen valvojina. Kantani toimivaltaluettelosta perustui näkemykseni EU-integraation funktionaalisesta luonteesta, joka johtaa erilaiseen lähestymistapaan kuin liittovaltion vertikaalista vallanjakoa koskeva valtiosääntöoikeudellinen logiikka. Parlamentarismin periaate asettaa hallituksen ja kansallisen parlamentin tehtävänjaolle vaatimuksia, jotka korostavat vahvan kansallisen tason valvonnan merkitystä ja varoittavat ratkaisusta, jotka perustuvat oletukseen parlamentin ja sille vastuussa olevan hallituksen välisen mielipide-eron mahdollisuudesta EU-päätöksenteossa. Perustuslaillistumisprosessia – sen ulkoisesta symboliikasta huolimatta – on mielestäni leimannut poliittinen tarve luoda erilaisia poliittisten käytäntöjen kautta toteutuvia jarruja integraatiokehitykselle. Tämän vuoksi kansallisten parlamenttien rooli EU:ssa institutionalisoidaan nimenomaan päätöksentekoa hidastavana, ei siihen rakentavasti osallistuvana tekijänä.

3.4.6. Perusoikeusjärjestelmä

EU:n perusoikeuskirjan oikeudellistamista voidaan pitää perustuslakiprosessin keskeisimpänä valtiosääntöoikeudellisena kysymyksenä. Sen poliittisena taustana oli se ”vastavuoroisen tuhon”¹³³ uhka, joka on liittynyt EU-oikeuden ja kansallisten ylimpien tuomioistuinten suhteeseen arvioitaessa EU-oikeuden etusijaperiaatteeseen sisältyvää vaatimusta kansallisten perustuslakien – myös niiden perusoikeussäännösten – syrjäyttämisestä. Nizzan huippukokouksen yhteydessä 2000 hyväksytty EU:n perusoikeuskirja pyrki kodifioimaan unionin perusoikeusjärjestelmän sellaisena kuin sen katsottiin EY-tuomioistuimen oikeuskäytännön mukaisesti olevan voimassa Euroopan ihmisoikeussopimukseen ja jäsenvaltioiden yhteiseen valtiosääntöperinteeseen pohjautuvina EU-oikeuden yleisinä periaatteita.

¹³³ Weiler on verrannut kansallisten ylimpien tuomioistuinten, varsinkin perustuslakituomioistuinten, ja EY-tuomioistuimen välistä suhdetta Saksan *Bundesverfassungsgerichtin* Maastricht-tuomion jälkeen kylmän sodan aikaiseen tilanteeseen, jossa Yhdysvallat ja Neuvostoliitto kykenivät ja tiesivät toisensa kykenevän tuhoamaan toisensa ydinasehyökkäyksellä (*Mutually Assured Destruction, MAD*), mikä ohjasi ja rajoitti niiden strategista käyttäytymistä. Samalla tavalla EY-tuomioistuin ja kansalliset tuomioistuimet voivat kärjistäessään suhtautumisen kysymyksen EU-oikeuden etusijasta suhteessa kansallisiin perustuslakeihin johonkin teoreettiseen ääriasentoon vaarantaa EU-oikeuden olemassaolon ja tehokkuuden oikeusjärjestyksenä. Ks. Weiler 1999/2005 s. 320–324.

Totesin artikkelissa 5 tähän perusasetelmaan liittyvästä oikeusteoreettisesta ongelmasta: perusoikeuskirjan sitovuutta arvioitaessa oli vaikea kieltää siltä sovellettavuutta lainkäytössä, kun sen tarkoituksena oli ainoastaan luetella ilman sitäkin voimassa olleita perusoikeuksia. Muodollisen voimassaolon kannalta perusoikeuskirjan oikeudellistamiseen liittyi sen sijaan ongelmia, koska se edellyttäisi jäsenvaltioiden hyväksyvän ja saattavan perusoikeuskirjan sisällön voimaan valtiosopimusoikeudellisenä velvoitteena, jolloin jäsenvaltiot joutuisivat eksplisiittisesti ottamaan kantaa perusoikeuskirjan ja kansallisen perusoikeusjärjestelmän mahdollisiin konflikteihin sekä siitä seuraavan kysymykseen EY-tuomioistuimen ja ylimmän kansallisen perustuslain tulkintavallan suhteesta.¹³⁴

Perustuslakisopimukseen perusoikeuskirja otettiin sen II lukuna. Perustuslakisopimuksen valmistelun aikana perusoikeuskirjan sisältö oli periaatteessa lukittu, mutta neuvoteltavaksi tuli kysymys perusoikeuskirjan vaikutuksesta lainkäytön tasolla, minkä Yhdistyneen Kuningaskunnan hallitus koki ongelmalliseksi.

Brittiläisessä poliittisessa keskustelussa oli noussut uhkakuva, jossa EY-tuomioistuin tai Britannian kansalliset tuomioistuimet antavat perusoikeuskirjan TSS-oikeusmääräysten nojalla yksityisille mahdollisuuden esittää kansalliseen lainsäädäntöön perustumattomia vaatimuksia toisiaan kohtaan tai käyttävät niitä perusteluna kansallisten lakien soveltamatta jättämiselle. Yhdistyneen Kuningaskunnan vaatimuksesta perusoikeuskirjan vaikutuksia koskevaa artiklaa muutettiin niin, että siinä tehtiin ero *oikeuksien* ja *periaatteiden* välillä.¹³⁵

Perustuslakisopimuksen I-112 artiklan 5 kohdan mukaan ”Tämän perusoikeuskirjan periaatteita sisältävät määräykset voidaan panna täytäntöön unionin toimielinten, elinten tai laitosten oman toimivaltansa puitteissa hyväksymillä lainsäätämisyjärjestyksessä hyväksyttävillä säädöksillä, täytäntöönpanosäädöksillä sekä säädöksillä, joita jäsenvaltiot antavat unionin lainsäädännön täytäntöönpanemiseksi. Ne voidaan saattaa tuomioistuimen ratkaistaviksi vain sikäli kuin on kyse tällaisten säädösten tulkinnasta tai niiden laillisuuden valvonnasta.” Perustuslakisopimus ei kuitenkaan sisältänyt luetteloa, jossa oikeudet ja periaatteet olisi eroteltu toisistaan.¹³⁶

Tämän keskustelun taustalla voi myös olla *common law* -järjestelmän ja mannereurooppalaisten oikeusjärjestelmien erilainen tulkinta oikeuden käsitteestä; *common law* -järjestelmässä käsite oikeus (*right*) pitää sisällään sen kanssa korreloivan oikeuskeinon (*remedy*) olemassa-

¹³⁴ Jääskinen 2001a s. 100–105. EY-tuomioistuin alkoi kesällä 2006 viitata perusoikeuskirjaan oikeudellisesti sitomattomana, mutta unionioikeuden perusoikeusjärjestelmän sisältöä kuvaavana lähteenä. Ks. Jääskinen 2007 s. 387.

¹³⁵ Suomessa perustuslakivaliokunta arvosteli tätä ratkaisua pitäen sitä perusoikeuksien jakamattomuuden periaatteen vastaisena; kuitenkin erottelu näyttää vastaavan sitä, miten Tuori näkee suoraan vaikuttavien perusoikeuksien ja perustuslaillisten toimeksiantojen suhteen Suomen valtiosäännössä. Ks. PeVL 7/2003 vp ja Tuori 2007 s. 152, 267–269.

¹³⁶ Ks. erottelun merkityksestä ja sisällöstä Piris 2006 s. 136–137. Kysymyksen käsittelystä valmistelukunnassa ks. McCormick 2005 s. 28–29.

olon,¹³⁷ kun taas mannereurooppalaisessa perusoikeusajattelussa perusoikeuden käsitteestä ei itsessään seuraa, että kysymys olisi itsenäisestä subjektiivisesta oikeudesta, vaan perusoikeudet voivat ilmetä myös lainsäädännöllisinä toimeksiantoina tai lainsäädännön tulkintaa ohjaavina periaatteina.

Totesin artikkelissa 5, että ”perusoikeuskirja siten joko jättää ratkaisematta kysymyksen unionin oikeuden ja kansallisten perusoikeuksien normikonflikteista tai ratkaisee sen tavalla, jota ei välttämättä voida pitää hyväksyttävänä kansallisten valtiosääntöjen kannalta. Jos perusoikeuskirja saatettaisiin muodollisesti voimaan, olisi tämän kysymyksen välttäminen kuitenkin vaikeaa, koska jokainen jäsenvaltio joutuisi viimeistään ratifiointivaiheessa selvittämään kysymystä perusoikeuskirjan suhteesta kansallisiin perusoikeuksiin. Ongelmat eivät luultavasti niinkään koskisi perusoikeusjärjestelmän yleistä sisältöä tai suojan tasoa, jota voinee pitää kaikkia jäsenvaltioita tyydyttävänä kompromissina. Vaikeampaa olisi sen sijaan ratkaista unionin perusoikeuskirjan suhde sellaisiin kansallisiin perusoikeuksiin, jotka edustavat yksittäisten jäsenvaltioiden omaan valtiosääntöperinteeseen liittyvää partikularismia.”¹³⁸

Perustuslakisopimuksen käsittelyssä eri jäsenvaltioissa esille nousi erilaisia kansalliseen valtiosääntöperinteeseen liittyviä ongelmia. Jo mainitun Yhdistyneen Kuningaskunnan ongelman lisäksi voidaan mainita Ranskassa käyty keskustelu perusoikeuskirjan suhteesta Ranskan perustuslain säännökseen tasavallan sekulaarista luonteesta (*laïcité*) sekä oikeutta elämään koskevan perusoikeuden suhteesta aborttikysymykseen.¹³⁹ Samanlaisia kysymyksiä, joskin usein vastakkaisesta näkökulmasta esitettiin Puolassa, missä myös kysymyksellä Euroopan kristillisen perinteen asemasta perustuslakisopimuksessa oli suurta poliittista merkitystä. Nämä huolet yhdessä yleisen epäkonstitutionalisointilinjauksen kanssa selittävät Eurooppa-neuvoston päätöksen jättää perusoikeuskirja Lissabonin sopimuksen tekstin ulkopuolelle, vaikka perusoikeuskirjan oikeudellisesta sitovuudesta ei luovuttukaan.

Lissabonin sopimuksella lisätään Euroopan unionista tehtyyn sopimukseen (6 artikla) määräys, jonka mukaan ”Unioni tunnustaa oikeudet, vapaudet ja periaatteet, jotka esitetään 7 päivänä joulukuuta 2000 hyväksytyssä ja Strasbourgissa 12.12.2007 mukautetussa perusoikeuskirjassa, jolla on sama oikeudellinen arvo kuin perussopimuksilla./ Perusoikeuskirjan määräykset eivät millään tavoin laajenna perussopimuksissa määriteltyä unionin toimivaltaa.” Artiklaan liittyy pöytäkirja, jolla määrätään, ettei perusoikeuskirja laajenna Euroopan unionin tuomioistuimen¹⁴⁰ tai minkään kansallisen tuomioistuimen toimivaltaa niin, että se voisi todeta, että Puolan tai Yhdistyneen Kuningaskunnan lainsäädäntö ei vastaa perusoikeuskirjaa. Perus-

¹³⁷ Ks. esimerkiksi, mitä Tuori 2007, s. 228 esittää ubi jus ibi remedium-periaatteesta Englannin oikeudessa. Englannin oikeuden skeptisestä suhteesta oikeuksiin ja käsitteiden velvollisuus (duty) ja oikeussuojakeino (remedy) ensisijaisuudesta ks. Graziadei s. 73–77.

¹³⁸ Jääskinen 2001a s. 104. Käytin esimerkkinä tällaisesta valtiosääntöisestä partikularismista Irlannin tasavallan perustuslain suhtautumista aborttiin.

¹³⁹ Ks. Piris 2006 s. 137–139.

¹⁴⁰ Euroopan yhteisöjen tuomioistuimesta tulee Lissabonin sopimuksella Euroopan unionin tuomioistuin.

oikeuskirja ei näissä maissa myöskään luo kansallisesta lainsäädännöstä riippumattomia oikeuksia.

Perusoikeuskirjan asema Lissabonin sopimuksessa on hämmentävä. Se ei ole osa sopimusta, mutta sopimus antaa sille itseensä verrattavan oikeuslähdearvon. Lissabonin sopimus tekee siten perussopimukseen oikeudellisesti rinnastettavaksi unionin kolmen toimielimen puheenjohtajien antaman poliittisen julistuksen sisällön. Tämän ratkaisun vaikutukset kansallisen voimaansaattamisen tai perusoikeuskirjan muuttamismenettelyn kannalta ovat vaikeasti ennakoitavia. Puolan ja Yhdistyneen Kuningaskunnan erityisasema on myös ristiriidassa sen valtiosopimusoikeudellisen perusperiaatteen kanssa, että sopimuksen tarkoituksen ja päämäärän vastaiset varaukset eivät ole sallittuja.¹⁴¹

Perusoikeuskirjan oikeudellistamisen lisäksi EU:n perusoikeusulottuvuutta on sekä perustuslakisopimuksessa että Lissabonin sopimuksessa vahvistettu luomalla sopimukseen oikeusperusta unionin liittymiselle Euroopan neuvoston ihmisoikeussopimukseen.¹⁴² Unionin liittymistä Euroopan ihmisoikeussopimukseen on kannatettu lähinnä sillä perusteella, että se saattaa myös unionin toiminnan ulkopuolisen ihmisoikeusvalvonnan alaiseksi samalla tavalla kuin tilanne on jäsenvaltioiden kohdalla. Se myös selkeyttäisi oikeudellista tilannetta silloin, kun väitetty ihmisoikeussopimuksen loukkaus on johtunut EU-oikeuden sisällöstä tai liittynyt sen täytäntöönpanoon, koska tuolloin vastaajana voisi olla unioni eikä pelkästään jäsenvaltio tai jäsenvaltiot yhdessä. EU:n ihmisoikeussopimukseen liittymiseen empivästi suhtautuvat ovat pelänneet sen heikentävän EY-tuomioistuimen asemaa eurooppalaisena tuomioistuimena tai vaarantavan EU-oikeuden erityisluonteen. Jotkut jäsenvaltiot ovat myös halunneet välttää sitä, että EU:lle annettaisiin ihmisoikeuksien valvontaan liittyvää toimivaltaa.

Perustuslakisopimuksessa on tarkat määräykset ehdoista, joiden on toteuduttava EU:n liittyessä ihmisoikeussopimukseen. Tämä sääntely on säilytetty Lissabonin sopimuksessa. Lissabonin sopimuksessa on kuitenkin vaikeutettu ihmisoikeussopimukseen liittymisessä sovellettavaa menettelyä niin, että määräenemmistöpäätöksen sijasta vaaditaan neuvoston yksimielistä päätöstä, jonka jäsenvaltiot hyväksyvät erikseen kansallisesti.¹⁴³ Muutos liittyy Tanskan toiveeseen laatia Lissabonin sopimus sellaiseksi, että se ei sisältäisi kansanäänestyksen välttämättömäksi tekeviä toimivallan siirtoja unionille.¹⁴⁴

¹⁴¹ EY-tuomioistuimen entinen presidentti Gil Rodriquez, alustus Euroopan oikeusakatemian juhlaseminaarissa Trierissä 29.9.2007.

¹⁴² EY-tuomioistuin katsoi lausunnossaan 2 /1994, etteivät perussopimukset mahdollistaneet tätä ilman erityisen oikeusperustan luomista.

¹⁴³ EUT 188 n artiklan 8 kohta.

¹⁴⁴ VN:n selvitys Eduskunnalle vuoden 2007 hallitusten välisestä konferenssista, E 55/2007 vp, jatkokirjelmä 5.10.2007.

3.4.7. Kansanvaltaisuus

Artikkelin 5 laajin yksittäinen teema oli kansanvaltaisuus.¹⁴⁵ Saksan valtiosääntötuomioistuinten Maastrichtin sopimuksesta antamassa tuomiossa oli esitetty niin sanottu *no demos*-teesi, joka on sen jälkeen dominoinut asiasta käytyä keskustelua. Ennen Maastricht-tuomiota keskustelu unionin demokratiavajeesta oli jossain määrin teknistä, ylikansallisen hallinnan muotoja koskevaa ja Euroopan parlamentin asemaan keskittyvää. *Bundesverfassungsgerichtin* kanta, jonka mukaan demokratian edellytyksenä ja kantajana on kommunikatiivisen yhteisöllisyyden leimaava valtiokansa (*Staatsvolk*), iski unionin kansanvaltaisuusongelman ytimeen. Unionin kansanvaltaisuudessa ei ole kysymys instituutioiden suunnittelusta vaan siitä, onko kansanvaltaisuuden edellytyksenä kansakunta, ja jos vastaus tähän kysymykseen on myöntävä, onko ajateltavissa, että Euroopan unionin jäsenvaltioiden kansat voisivat muodostaa kokonaisuuden, jossa demokratia voisi toteutua. *No demos*-teesin vastustajat pitivät kosmopoliittista tai ylikansallista demokratiaa mahdollisena joko EU:n kansakutien välille syntyvän kohtalonyhteyden tai yleiseurooppalaisen kommunikaatioyhteyden kautta tai sitten he pitivät kysymyksenasettelua virheellisenä. Tuolloin demokratia ei edellytä kansakuntaa, vaan ehkä päinvastoin se on keino kansakunnan luomiseksi esimerkiksi perustuslain luomaan järjestykseen identifioituvan valtiosääntöpatriotismin (*Verfassungspatriotismus*) varaan.¹⁴⁶

Oma kantani *no demos*-teesiin oli – analyytikolle luontevasti – kysymyksenasettelun merkityksellisyyden kieltävä. Totesin ensiksi sen, että demokratian tarkastelu oikeudellisesta näkökulmasta edellyttää aina jotakin oikeudellisesti velvoittavaa standardia, suhteessa johon asiaintilojen demokraattisuutta arvioidaan. Oikeudellinen demokratiastandardi voi perustua kansainväliseen sopimukseen, kansalliseen valtiosääntöön tai esimerkiksi EU:ssa jäsenvaltioiden yhteiseen valtiosääntöperinteeseen,¹⁴⁷ jota voidaan ehkä käyttää jonkinlaisena minimistandardina esimerkiksi keskusteltaessa niin sanotusta demokratiavajeesta.¹⁴⁸ Tämän standardin näkökulmasta pidin ongelmallisena, jos EU:n toimivalta olennaisesti laajenisi valtion regulatorisista tehtävistä käsittämään laajalti myös valtion distributiivisia tehtäviä, koska nykyaikaisissa demokratioissa poliittinen valta kanavoituu nimenomaan budjetin, verotuksen ja sosiaaliturvan kautta.¹⁴⁹

No demos-teesistä kirjoitin artikkelissa 5 seuraavasti: ”Demokratian, siis kansanvallan, lähtöoletuksena on kansakunta. Esimerkiksi enemmistöperiaatteen soveltaminen edellyttää ensiksi sen ryhmän määrittelyä, josta enemmistö lasketaan. Unionin kansat jakavat tietyn yhteisen eurooppalaisen kulttuuriperinnön, ulkopuolisten silmissä unionin eri kansojen väliset yhtäläisyydet voivat olla suurempia kuin EU:n sisältä näyttää. Pidän kuitenkin mystifiointina sitä,

¹⁴⁵ Jääskinen 2001a s. 105–120.

¹⁴⁶ Käsitteestä valtiosääntöpatriotismi (*Verfassungspatriotismus*) eli oikeusvaltiollisen perustuslaillisuuden periaatteisiin kiinnittyvä poliittinen identiteetti ks. Habermas 1998 s. 603. Käsitteen soveltuvuutta Euroopan unioniin arvostelee Weiler 2003 s. 17–18.

¹⁴⁷ Jääskinen 2001a s. 106.

¹⁴⁸ Jääskinen 2001a s. 108.

¹⁴⁹ Jääskinen 2001a s. 110.

että eurooppalaista sivilisaatiota määrittävien yleisten kulttuuritekijöiden luoma yhteisyys olisi perusta, jonka varaan syntyisi elävä eurooppalainen demokratia, jos sille vain luotaisiin tarvittavat institutionaaliset rakenteet. Toisaalta samanasteista mystifiointia on rajata poliittisen kansakunta demokratian subjektina kunkin kansallisvaltion valtioideologiaan sopivien romanttisesta (*das Volk*) tai rationalistisesta (*la Nation*) valtiofilosofisesta peräisin olevien määritelmien pohjalta. Demokraattiset instituutiot voivat toimia myös monikielisessä ja monikulttuurisessa yhteisössä kuten Intiassa, eikä valtiokansa ole demokratian subjektina käsitteellisesti privilegioitu suhteessa sellaisiin etnisiin tai alueellisiin ryhmiin, joiden kohtalona on ollut jäädä vaille omaa kansallisvaltiota. Olennainen kysymys on kuitenkin se, olisiko unionin demokratisoimisella kansallisvaltiossa noudatettujen mallien mukaisesti saavutettavissa tila, joka olisi demokratian toteutumisen kannalta parempi kuin nykyinen.”¹⁵⁰

Katsoin, että etnisen ja poliittisen kansakunnan välillä ei ole mitään analyttisesti välttämättömyyden suhdetta, vaan kummassakin on kysymys sattumanvaraisista sosiaalisista ja kulttuurisista konstruktioista. Maantieteellinen, kielellinen ja kulttuurinen läheisyys kuitenkin helpottavat demokraattista osallistumista ja vaikuttamista ja vastaavasti monikielisessä ja monikulttuurisessa yhteisössä kasvaa poliittisen vaikuttamisen ja politiikan uralle valikoitumisen epätasaa eri sosiaali- ja kieliryhmiin kuuluvien välillä. Tämän vuoksi pidin tärkeimpänä vastargumenttina kansallisten edustuksellisen demokratian käytäntöjen soveltamiselle unionin tasolla yksinkertaisesti sen kokoa.¹⁵¹

Perustuslakiprosessissa unionin ja kansanvallan välinen suhde oli keskeinen teema. Jo valmistelukuntaa, jossa jäsenvaltioiden hallitusten lisäksi olivat edustettuina kansalliset parlamentit, Euroopan parlamentti ja komissio, pidettiin merkittävänä edistysaskeleena kansanvaltaisuuden kannalta tavanomaiseen hallitustenvälisen konferenssiin verrattuna. Valmistelukunnan työskentelyssä pyrittiin myös mahdollisimman laajaan julkisuuteen saattamalla asiakirja-aineisto yleisön saataville Internetin kautta ja antamalla kansalaisjärjestöille ja kansalaisille laajat mahdollisuudet esittää näkemyksiään ja ehdotuksiaan valmistelukunnassa käsitellyistä asioista.¹⁵²

Kuitenkin valmistelukunnan toiminnan demokraattisuutta voidaan pitää sangen kysymyksenalaisena sen vuoksi, että sille ei ollut sitovia menettelytapasääntöjä, jotka olisivat mahdollistaneet äänestykset ja määritelleet asialistan. Valmistelukunnan päätökset valmisteltiin puheenjohtajistossa, jonka ulkopuolelle jääneiden jäsenvaltioiden kuten Suomen mahdollisuudet seurata todellista päätöksentekoa ja tekstiehdotusten valmistelua olivat sangen rajalliset. Myös

¹⁵⁰ Jääskinen 2001a s. 117.

¹⁵¹ Jääskinen 2001a s. 119.

¹⁵² Duhamel on valmistelukunnan jäsenen kirjoittama systemaattinen vertailu konventtimenetelmän ja hallitusten välisen konferenssin välillä; siinä puolletaan voimakkaasti valmistelukunnan toimintaa.

päätöksentekokäytäntö, jossa puheenjohtaja arvioi yksin, minkä näkemyksen takana oli riittävä konsensus valmistelukunnassa, on kaukana länsimaisista demokratiastandardeista.¹⁵³

Perustuslakisopimuksen I osan VI osasto käsitteli demokratian toteuttamista unionissa. Osastossa säänneltiin erikseen edustuksellisen demokratian periaate unionissa ja osallistuvan demokratian periaate.¹⁵⁴ Unionin toiminta perustuu perustuslakisopimuksen I-46 artiklan mukaan edustukselliseen demokratiaan niin, että Euroopan parlamentti edustaa suoraan kansalaisia unionin tasolla. Jäsenvaltiota edustaa Eurooppa-neuvostossa valtion- tai hallituksen päämies ja neuvostossa hallitus, jotka puolestaan ovat demokratian mukaisessa vastuussa joko kansallisille parlamenteilleen tai kansalaisilleen. Artiklan mukaan kaikilla kansalaisilla on oikeus osallistua demokratian toteuttamiseen unionissa. Päätökset tehdään mahdollisimman avoimesti ja mahdollisimman lähellä kansalaisia. Euroopan tason poliittiset puolueet myötävaikuttavat eurooppalaisen poliittisen tietoisuuden muodostumiseen ja unionin kansalaisten tahdon ilmaisemiseen.

Osallistuvaa demokratiaa unioni toteuttaa perustuslakisopimuksen I-47 artiklan mukaan antamalla kansalaisille ja etujärjestöille mahdollisuuden esittää ja vaihtaa julkisesti mielipiteitä kaikilla unionin toiminta-aloilla asianmukaisten kanavien kautta ja käymällä avointa ja säännöllistä vuoropuhelua etujärjestöjen ja kansalaisyhteiskunnan välillä. Vähintään miljoonalle unionin kansalaiselle merkittävästä määrästä jäsenvaltioita annettiin mahdollisuus kansanaloitteen kautta kehottaa komissiota ”toimivaltuuksiensa rajoissa tekemään asianmukainen ehdotus asioista, joissa näiden kansalaisten mielestä tarvitaan unionin säädöstä”.

Perustuslakisopimus mahdollisti myös kansallisten parlamenttien osallistumisen toissijaisuusperiaatteen soveltamisen valvontaan.

Lissabonin sopimus sisällyttää perustuslakisopimuksen demokratiaa koskevat määräykset Euroopan unionista tehtyyn sopimukseen. Kokonaisuuteen on kuitenkin lisätty kansallisten parlamenttien roolia EU:ssa koskeva uusi artikla (EU 8 c), jossa todetaan kansallisten parlamenttien osaltaan aktiivisesti edistävän unionin moitteetonta toimintaa ja luetellaan kansallisten parlamenttien eri tehtävät EU:ssa. Kuten edellä on todettu, määräyksissä toissijaisuusperiaatteen noudattamisen ja toimivaltojen käytön valvonnasta kansallisten parlamenttien vaikutusmahdollisuuksia on tehostettu Lissabonin sopimuksessa perustuslakisopimukseen verrattuna.

¹⁵³ Ks. McCormick 2005 s. 12–16, jossa on valmistelukunnan varajäsenen ambivalentti arvio valmistelukunnan menettelytavoista.

¹⁵⁴ Perustuslakisopimukseen ei otettu valmistelukunnan ehdotukseen sisällynyttä Euroopan kansanedustajien kongressia, johon olisi kulunut edustajia Euroopan parlamentista ja kansallisista parlamenteista.

3.4.8. Perustuslakia säätävä valta

Totesin artikkelissa 5 unionin perustuslakia säätävän vallan käytön merkitsevän unionin poliittisen ja oikeudellisen *sui generis* -luonteen vuoksi myös säännönmukaisesti jonkinasteista jäsenvaltioiden oman perustuslakia säätävän vallan käyttöä, koska unionin konstituution muutokset vaikuttavat jäsenvaltioissa valtiosäännön alaan kuuluviin kysymyksiin. Tämä erottaa unionin perussopimusten muutokset kansainvälisten järjestöjen peruskirjojen muutoksista yleensä, vaikka unionin perustuslakia säätävän vallan käyttö onkin liittymissopimuksia lukuun ottamatta pidätetty jäsenvaltioille. Unionin perussopimusten muuttamisprosessia tarkasteltiin artikkelissa säädöstekstin valmistelun, hyväksymisen ja voimaansaattamisen kannalta.¹⁵⁵

Unionin perustuslakia säätävän vallan katsoin johtavan unionin luonnetta koskeviin peruskysymyksiin. Perustuslakia säätävän vallan jakaminen unionin ja jäsenvaltioiden välillä esimerkiksi asettamalla Euroopan parlamentin hyväksyminen perussopimusmuutosten voimaantulon ehdoksi merkitsisi sitä, että jäsenvaltiot eivät enää olisi ”perussopimusten herroja”. Tämä asettaisi kysymyksenalaiseksi sen käsityksen, että toimivalta unionin toimivallasta päättämiseen (*Kompetenz-Kompetenz*) on pidätetty jäsenvaltioille. Toimivalta-toimivalta tuo unionin perussopimusmuutoksia koskevaan keskusteluun myös oikeusteoreettisen ulottuvuuden eli kysymyksen unionin oikeuden pätevyysperusteesta. Viittasin *Catherine Richmondin* analyysiin, jonka mukaan tämä kysymys valaisee, mitä *Kelsen* tarkoitti perusnormin hypoteettisuudella, koska unionioikeuden pätevyysperuste ratkeaa aidosti eri tavalla sen mukaan, olettaanko sen perusnormiksi jäsenvaltioiden valtiosäännöt pätevöittävä perusnormi, kansainvälisen oikeuden pätevöittävä perusnormi vai EU-oikeuden autonomisena oikeusjärjestyksenä pätevöittävä perusnormi.¹⁵⁶

Artikkelin tematiikan kannalta olennaisin kysymys liittyi siihen vaihtoehtoon, että unionin perussopimusten voimaantulo unionissa ja kaikissa jäsenvaltioissa olisi mahdollistettu myös silloin, kun tietty määränemmistö jäsenvaltioista olisi ratifioinut muutoksen. Katsoin, että sopimusmuutoksia vastustaneen jäsenvaltion näkökulmasta kysymys olisi siitä, että sen alueella voimassa oleva konstitutionaalinen normisto muuttuisi ilman sen omien perustuslakia säätävää valtaa käyttävien elinten myötävaikutusta. Tuolloin jäsenvaltioiden täysivaltaisuuden kohdistuisi EU-jäsenyyden johdosta niin olennainen rajoitus, että niiden asema kansainvälisoikeudellisesti itsenäisinä ja suvereenina valtioina voitaisiin asettaa kysymyksenalaiseksi.¹⁵⁷

Esitin artikkelissa 5 epäilyksiä valmistelukunnan käyttämisestä perussopimusmuutosten valmistelun foorumina. Epäilykseni perustuivat valmistelukunnan mandaattiin ja menettelytapa-

¹⁵⁵ Jääskinen 2001a s. 120, 121.

¹⁵⁶ Jääskinen 2001a s. 124. Ks. tästä keskustelusta jäljempänä jakso 6.1.1.

¹⁵⁷ Jääskinen 2001a s. 127.

sääntöihin liittyviin ongelmiin.¹⁵⁸ Presidentti *Giscard d'Estaing* ratkaisi nämä ongelmat suoraviivaisesti. Valmistelukunta ei piitannut mandaatistaan, joka oli edellyttänyt vaihtoehtois-
ten ratkaisujen esittämistä, vaan ryhtyi laatimaan yhtä ainoaa ehdotusta Euroopan perustus-
laiksi. Tämä perustui valmistelukunnan usean jäsenen näkemykseen valmistelukunnasta jon-
kinlaisena Philadelphian konventtiin rinnastuvana Euroopan unionin perustuslakia säätävänä
kokouksena. Valmistelukunta ei koskaan hyväksynyt itselleen menettelytapasääntöjä, vaan
puheenjohtaja arvioi, milloin tietyn ehdotuksen takana oli ”riittävä konsensus” valmistelu-
kunnassa. Tosiasiallisesti valmistelukunnan työskentelyssä keskeisessä roolissa olivat puheen-
johtajisto ja sihteeristö sekä niiden suurten jäsenvaltioiden hallitusten ja valmistelukunnan
osapuolten (kansalliset parlamentit, Euroopan parlamentti) kanssa käymät konsultaatiot.¹⁵⁹

Edellä kuvatuista ongelmista huolimatta valmistelukuntaan perussopimusmuutoksia valmiste-
levana elimenä on suhtauduttu myönteisesti. Sen on koettu tuovan prosessiin avoimuutta ja
läpinäkyvyyttä sekä mahdollistavan kansalaisyhteiskunnan eri osapuolten vaikutuksen proses-
siin. Huomionarvoista on myös kansallisten parlamenttien edustajien valmistelukunnassa
saama lukumääräinen valta-asema jäsenvaltioiden hallitusten ja Euroopan parlamentin edusta-
jiin verrattuna. Sekä perustuslakisopimuksessa (PLS IV-443.2) että Lissabonin sopimuksessa
(EU 48.3 artikla) valmistelukunta on omaksuttu tavanomaiseen perussopimusten tarkistusme-
nettelyyn kuuluvaksi menettelyvaiheeksi. Eurooppa-neuvosto voi kuitenkin yksinkertaisella
enemmistöllä ja Euroopan parlamentin suostumuksella päättää olla kutsumatta valmistelukun-
taa koolle, jos muutosten laajuus ei sitä edellytä. Perussopimusten yksinkertaistettuihin tarkis-
tusmenettelyihin ei sen sijaan sisälly valmistelukunnan kokoon kutsuminen.

Perussopimusmuutoksien hyväksymisestä sekä perustuslakisopimus että Lissabonin sopimus
sisältävät siis kaksi vaihtoehtoa; yksinkertaistetun ja tavanomaisen.

Yksinkertaistetussa menettelyssä toimivalta, joka on siis luonteeltaan perustuslakia säätävää
valtaa EU:ssa, on jaettu jäsenvaltioiden ja unionin välillä, koska päätöksentekaelimenä on
unionin toimielin (Eurooppa-neuvosto). Sen päätös voi koskea unionin sisäisiä politiikkoja ja
toimia koskevia määräyksiä. Tuolloin päätöksen voimaantulo edellyttää vielä jäsenvaltioiden
hyväksymistä niiden valtiosääntöjen mukaisessa järjestyksessä, ei kuitenkaan varsinaista rati-
fiointia. Päätöksentekosääntönä Eurooppa-neuvostossa on yksimielisyys, mikä turvaa kansal-
lisen veto-oikeuden. Päätöksellä ei voida lisätä unionin toimivaltaa.

Eurooppa-neuvosto voi myös päättää siirtymisestä yksimielisyydestä määräenemmistöpäätök-
sentekoon neuvostossa muutoin kuin sotilaallista ja puolustuksellista merkitystä omaavista
seikoista. Samoin voi Eurooppa-neuvosto päättää siirtymisestä erityisestä lainsäädäntömenet-
telystä tavanomaiseen lainsäädäntöjärjestykseen. Mikä tahansa kansallinen parlamentti voi
kuuden kuukauden kuluessa ilmoittaa vastustavansa muutosta, mikä estää sitä koskevan pää-

¹⁵⁸ Jääskinen 2001a s. 122–123.

¹⁵⁹ Valmistelukunnan toiminnasta Piris s.45–49, Tiilikainen–Helander–Heliskoski s. 11–13 ja poliittisemmasta
näkökulmasta McCormick 2005 s.12–16.

töksen tekemisen. Muutoin päätöksenteko tapahtuu Eurooppa-neuvoston yksimielisyydellä ja Euroopan parlamentin hyväksynnällä.

Yksinkertainen tarkistusmenettely merkitsee unionin perustuslakia säätävän vallan jakamista unionin ja jäsenvaltioiden välillä. Periaatteessa sillä ei kuitenkaan ole suoranaista vaikutusta toimivalta-toimivaltaan, kun Eurooppa-neuvosto ei voi lisätä unionin toimivaltaa yksinkertaistetun tarkistusmenettelyn kautta. Lisäksi päätöksille vaaditaan jäsenvaltioiden kansallinen hyväksyntä aktiivisesti tai passiivisesti (kansallisen parlamentin vastustuksen puuttuminen).

Yksinkertaistettuja tarkistusmenettelyjä lukuun ottamatta sekä perustuslakisopimus että Lissabonin sopimus pysyttävät nykyiset säännöt perussopimusmuutosten hyväksymisestä. Sopimusteksti hyväksytään hallitusten välisessä konferenssissa eli yksimielisesti myös silloin, kun se on laadittu valmistelukunnassa. Lissabonin sopimuksessa on kuitenkin tuotu erikseen esiin se, että perussopimusmuutos voi koskea sekä unionille annetun toimivallan lisäämistä että sen vähentämistä.(EU 48.2).

Perustuslakisopimus ja Lissabonin sopimus pysyttävät tavanomaisessa tarkistusmenettelyssä hyväksyttävien perussopimusmuutosten voimaantulon ehtona jokaisen jäsenvaltion suorittaman ratifiointin. Tilanteessa, jossa neljä viidesosaa jäsenvaltioista on ratifioinut muutoksen, mutta ratifiointi tuottaa yhdelle tai useammalle jäsenvaltiolle vaikeuksia, Eurooppa-neuvosto ottaa asian käsitelläkseen. Tällaista määräystä ei ole nykyisissä perussopimuksissa.

Sekä perussopimuksessa että Lissabonin sopimuksessa on huolellisesti pyritty välttämään tilanteet, joissa unionin perustuslakia säätävää valtaa olisi olennaisesti¹⁶⁰ liukunut pois jäsenvaltioilta unionille tai jäsenvaltioiden (määrä)enemmistölle. Jäsenvaltiot ovat pysyttäneet asemansa ”perussopimusten herroina” sekä kollektiivisesti että yksilöllisesti. Perussopimusten muuttamisessa ei myöskään ole otettu käyttöön menettelyjä, jotka mahdollistaisivat sopimusmuutosta vastustavan tai sen hyväksymiseen esimerkiksi kielteisen kansanäänestystuloksen vuoksi kykenemättömän jäsenvaltion pakottamiseen unionista eroamiseen. Näin ollen Euroopan unionin *pouvoir constituant* on pysytetty jäsenvaltioiden kontrollissa ja pääosin myös suoraan niiden käsissä. Artikkelin 5 otsikon kysymykseen perustuslaki vai perussopimus annetaan siten molemmissa sopimuksissa jälkimmäinen vastaus.

¹⁶⁰ Molemmat sopimukset sisältävät joitakin nykyisenkaltaisia, päätöksentekomenettelyn muuttamista koskevia *passerelle*-lausekkeita ja toimielinten kokoonpanoa koskevia delegointeja.

3.5. Euroopan liittovaltion tämänkertainen epäonnistuminen

Artikkelin 5 perusajatuksen mukaisesti siinä tarkasteltiin EU:n perustuslaillistumiskehitykseen liittyneitä teemoja institutionaalisen käsitteistön ohella myös valtiosisältöisestä näkökulmasta eli sen hypoteesin pohjalta, että unionille säädettäisiin valtiollinen perustuslaki ja unionista luotaisiin liittovaltio, jonka osavaltioita olisivat nykyiset jäsenvaltiot.

Tämän tarkastelun yhteenvetona totesin, että sisällöllinen ero nykyisen järjestelmän ja valtiollisen Euroopan unionin perustuslain välillä ei välttämättä olisi kovin merkittävä, koska pääosin kysymyksenasettelut toistuisivat samankaltaisina, eikä valittavana olevien ratkaisujenkaan välillä olisi regiimin oikeudelliseen laatuun perustuvia ratkaisevia eroja. Tärkeimmät erot liittyivät mielestäni siihen, että ulkoiseen identiteettiin ja toimivallanjakoon liittyvissä kysymyksissä jäsenvaltioiden ja unionin suhde järjestyisi nykyiseen nähden vastakkaisista periaatteista lähtien. Näissä asioissa toimivalta ”valuisi” alaspäin unionilta jäsenvaltioille eikä – kuten nykyisin – kasvaisi jäsenvaltioilta unionille. Katsoin, että ”valtiollisen perustuslain omaksuneen Euroopan unionin ei välttämättä tarvitsisi poiketa kovin paljon nykyisestä, mutta jäsenvaltioiden poliittinen ja oikeudellinen itseymmärrys olisi todennäköisesti täysin erilainen.”¹⁶¹

Ratkaisevana esteenä valtiollisen perustuslain omaksumiselle pidin sen legitiimin voimaansaattamisen mahdottomuutta, koska unionin ensimmäisen valtiollisen perustuslain sisältävän jäsenvaltioiden välisen sopimuksen voimaansaattaminen jäsenvaltioissa merkitsisi niiden nykyisen valtiosäännön kokonaisrevisiota. Katsoin, että EU:n valtiollisen perustuslain ”tehokas voimaansaattaminen merkitsisi Britanniaa lukuun ottamatta kaikissa jäsenvaltioissa sellaista valtiosääntöuudistusta, joka menettelyn kesto, sovellettavat määräenemmistövaatimukset sekä asiasta epäilemättä syntyvä poliittinen taistelu huomioon ottaen tuntuu mahdottomalta toteuttaa käytännössä, jollei kansallisvaltion legitimitettä koskevissa unionin väestön poliittisissa asenteissa tapahdu jotain nyt ennakoimatonta suurta muutosta.”¹⁶²

EU:n perustuslakisopimukseen johtanut prosessi näyttäytyi julkisuudessa jonkinlaisena perustuslakia säättävään kansalliskokoukseen rinnastuvana konstituoivana poliittisena ja valtiosääntöisenä prosessina. Tätä vaikutelmaa ylläpitivät paitsi valmistelukunnan valinta perustuslain valmistelufoorumiksi, myös puheenvuorot, joissa perustuslaki nähtiin käänteeksi tai laadullisesti uudeksi aluksi Euroopan yhdentymisessä. Myös valmistelukunnan mahtipontiset toimintamuodot ja sen perustuslakisopimukseen kirjaama konstitutionaalinen retoriikka¹⁶³ loivat mielikuvaa jonkinlaisen Euroopan federaation syntyprosessista. Kuitenkin jo perustuslakisopimus sisälsi ratkaisuja, joiden sisältö osoitti tietoista pyrkimystä estää unionin kehitys valti-

¹⁶¹ Jääskinen 2001a s. 134.

¹⁶² Jääskinen 2001a s. 139.

¹⁶³ Viitataan tällä perustuslakisopimuksen nimeen, johdantoon Thukydides-sitaatteineen, unionin symboleihin sekä valtiollisuudesta muistuttaviin termivalintoihin.

olliseksi entiteetiksi.¹⁶⁴ Uskoakseni valmistelukuntaa edeltänyt poliittinen keskustelu oli saanut jäsenvaltioiden hallituksia selvittelemään esille tulevien vaihtoehtojen valtiosääntöoikeudellisia implikaatioita ja niistä niiden toiminnalle perustuslakiprosessissa seuraavia rajoitteita vakavammalta pohjalta kuin aiemmissa perussopimusmuutoksissa.

Perustuslakisopimuksesta on tässä yhteydessä syytä mainita erityisesti seuraavat seikat:

- Euroopan kansojen välistä yhä läheisempää liittoa koskevan tavoitteen poistuminen sopimustekstistä;
- jäsenvaltioiden yhdentymiseltä suojatun valtiollisuuden ytimen määrittely sopimustekstissä;¹⁶⁵
- jäsenvaltioiden ja unionin toimivaltasuhteiden täsmentäminen tavalla, jossa tuodaan selvästi esille annetun toimivallan periaate ja jäsenvaltioiden yleistöimivalta;
- jäsenvaltioiden ensisijainen asema unionioikeuden täytäntöönpanossa (PLS I-37.1);
- kansallisten parlamenttien rooli toissijaisuusperiaatteen ja joustolausekkeen valvonnan; sekä
- eksplisiittinen määräys jäsenvaltion oikeudesta erota Euroopan unionista. (PLS I-60)¹⁶⁶

Näin ollen perustuslakisopimukseen ei olisi muuttanut unionin oikeudellista luonnetta valtioliseksi, vaikkakin sen luonne *sui generis* -yhteenliittymänä olisi oikeushenkilöllisyydestä ja pilarijaon poistamisesta tehtyjen ratkaisujen johdosta täsmentynyt kansainväliseksi järjestöksi *sui generis*. Tätä tosiasiaa kuitenkin hämärsi – oletettavasti perustuslakisopimuksen kohtalon kannalta ratkaisevalla tavalla – sen retorisen ulkokuoren ja oikeudellisen sisällön välinen risti-

¹⁶⁴ Piris viittaa perustuslakisopimuksen ambivalenssiin sen yhtäältä näyttäytyessä yhdentymisen päätepisteenä ja toisaalta lupauksena unionin valtiollisesta tulevaisuudesta. Ks. Piris s. 5–6.

¹⁶⁵ ”Unioni kunnioittaa jäsenvaltioiden tasa-arvoa tätä perustuslakia sovellettaessa sekä niiden kansallista identiteettiä, joka on olennainen osa niiden poliittisia ja valtiosäännön rakenteita, myös alueellisen ja paikallisen itsehallinnon osalta. Se kunnioittaa keskeisiä valtion tehtäviä, erityisesti niitä, joiden tavoitteena on valtion alueellisen koskemattomuuden turvaaminen, yleisen järjestyksen ylläpitäminen sekä kansallisen turvallisuuden takaaminen.” (PLS I-5 artikla, korostukset NJ)

¹⁶⁶ Piris toteaa tästä artiklasta seuraavasti: ”Whether such a provision constitutes an advance or setback may be assessed differently. However, one may notice that such a right normally exists in confederations but never in federal states. Therefore, this provision on withdrawal could be seen as clarifying a basic issue, i.e. that the Union is actually a voluntary association between States which remain sovereign as to the question whether or not they remain in that association.” Piris s.130. Unionista eroamisen eli sesession mahdollisuudelle on usein annettu myös oikeusteoreettista merkitystä. Nähdäkseni olennaista tässä suhteessa on kuitenkin erottelu laillisessa järjestyksessä tapahtuvan ja yksipuolisen eron välillä. Ensiksi mainittu on ollut aina mahdollista perussopimusmuutoksen kautta, vaikka siitä ei ole erikseen määrätty sopimusteksteissä. Toisaalta myös eromenettelyn sääntelyynkin jälkeen on mahdollista erota unionista lainvastaisessa järjestyksessä eli noudattamatta perussopimuksessa määrättyjä muotoja. Viimeksi mainittu eli tosiasiallisen eron mahdollisuus sisältyy mielestäni jäsenvaltioiden kansainvälisoikeudelliseen suvereniteettiin, joka mahdollistaa kansainvälisen oikeuden vastaiset toimet ilman, että valtion eksistenssi joutuisi kysymyksenalaiseksi. (Sen sijaan osavaltion erotessa liittovaltiossa nousee esiin kysymys uuden valtion kansainvälisoikeudellisesta tunnustamisesta.)

riitä, joka helpotti sen vastustajien asemaa kansanäänestyskampanjoissa samalla kun se asetti perustuslakisopimuksen kannattajat retorisesti mahdottomaan asemaan.¹⁶⁷

Kuten edellä on todettu, Lissabonin sopimuksen laatimisessa omaksuttiin eräänlainen *epä-konstitutionalisointiperiaate*, minkä perusteella sopimuksesta poistettiin valtiollisuuteen ja perustuslaillisuuteen viittaavat nimitykset kuten presidentti, ulkoasiainministeri, eurooppalaki ja eurooppapuitelaki sekä unionin tunnukset. Tämä ei kuitenkaan muuta unionin oikeudellista luonnetta edellä kerrotusta. Jäsenvaltioiden asemaa korostavia muutoksia Lissabonin sopimuksessa perustuslakisopimukseen nähden ovat lisäksi:

- kansallisten parlamenttien tehtävät kuvaavan yleisen artiklan lisääminen sekä niiden aseman parantaminen toissijaisuusperiaatteen valvonnassa;
- määräys, jonka mukaan unionin luopuessa jaettuun toimivaltaan kuuluvan toimivaltansa käytöstä toimivalta palaa jäsenvaltioille;
- määräys, jonka mukaan perussopimusmuutos voi myös merkitä unionin toimivallan vähentämistä.¹⁶⁸

Unionin konstitutionaalisen luonteen kannalta vailla merkitystä ei liene se Lissabonin sopimuksen laadinnassa omaksuttu tavoite, että sopimuksen sisällön ei pitäisi johtaa pakolliseen kansanäänestykseen jäsenvaltioissa. Tämä selittää esimerkiksi Euroopan ihmisoikeussopimukseen liittymistä koskevan päätöksentekomenettelyn muuttamisen Lissabonin sopimuksessa. Vielä perustuslakisopimuksen ratifiointivaiheessa eräillä tahoilla pidettiin esillä ajatusta yleiseurooppalaisesta referendumista keinona tuottaa konstitutionaalista legitimitettä perustuslakisopimukselle.¹⁶⁹ Lissabonin sopimuksen laatijat eivät pitäneet kansanäänestysten kautta saavutettavaa oikeutusta mahdollisena nykyoloissa.

¹⁶⁷ Kansanäänestyksissä ao. hallitukset joutuivat markkinoimaan perustuslakia, joka ei oikeasti ole perustuslaki, ja tärkeää uudistusta, joka oikeasti ei muuta mitään olennaista, sekä hakemaan äänestäjien hyväksyntää ratkaisuille, joiden ne kertoivat olleen voimassa jo yli 50 vuotta.

¹⁶⁸ Tällä muutoksella on merkitystä keskustelulle siitä, onko EU:n konstituutiossa sellainen ”kova ydin”, jota ei voida edes perussopimusmuutoksilla muuttaa. Tällaisena asiana on EY-tuomioistuimen valtuuksien ohella mainittu *acquis communautaire*nsu suojaa ”renationalisointia” vastaan.

¹⁶⁹ Esimerkiksi Suomessa ed. Arja Alhon aloite LA 11/2005 vp laiksi neuvoa-antavasta kansanäänestyksestä koskien sopimusta Euroopan perustuslaista.

4. Demokratia ja käsiteanalyysi – kohti oikeuden fundamentteja

4.1. Oikeusajattelun ja arvostusten välisen suhteen kehitys artikkelien 6 - 8 taustaongelmana

Oikeutta voidaan teoreettisesti tarkastella yhteiskunnallisena järjestyksenä tai tällaisen järjestyksen elementtien kielellisinä representaatioina. Ensiksi mainitusta näkökulmasta tarkastelu koskee sellaisia kysymyksiä kuin oikeusnormien luonne ja suhde muunlaisiin normeihin, normien suhde toisiinsa ja niiden pätevyyden peruste sekä oikeuden suhde politiikkaan, yhteiskunnalliseen olemiseen ja moraaliin. Tarkastelun kohteena on siten oikeus ilmiönä tai asiana.

Jälkimmäinen näkökulma koskee puolestaan oikeudellista ajattelua sen erilaisissa ilmeneismuodoissa. Oikeudelliset käytännöt – yksityiset oikeudelliset käytännöt kuten sopimus-toiminta, säädösten valmistelu ja antaminen, oikeudellinen päätöksenteko hallinnossa ja lainkäytössä sekä oikeustiede – välittyvät kielen kautta. Oikeus ilmenee niissä erilaisina kielellisinä ja/tai toiminnallisina representaatioina, joilla on tai voi olla oikeudellinen merkitys. Tällaisia representaatioita ovat esimerkiksi lakiteksti, tuomio, sopimus tai oikeustieteellinen artikkeli taikka vihkiminen, puhemiehen nuijan kopauttaminen eduskunnan päätöksen syntymisen merkinä tai ”hyväksy”-painikkeen klikkaaminen tietokoneohjelmaa ladattaessa.

Representaatioiden kommunikatiivisia merkityksiä uusinnetaan (*reprodusoidaan*) uusissa kielellisissä tai toiminnallisissa representaatioissa, joiden ilmaisemat merkitykset voidaan puolestaan jälleen kommunikoida ainoastaan reprodusoimalla ne uuteen representaatioon. Oikeudessa tai muutoinkaan kommunikaatiossa ei ole mahdollista välittää merkityksiä muulla tavoin kuin representoimalla niitä materiaaliseen alustaan kiinnittyvien symbolien kautta.¹⁷⁰ *Representaatio–merkitys* –ketjut ja niiden solmuina toimivat kieliteot perustuvat kommunikaatioon, jossa arkikielen terminologia yhdistyy oikeudelliseen terminologiaan. Jälkimmäisen taustalla on eriytyneitä ja systemaattisesti rakentuneita käsitejärjestelmiä.

Tarkastellaan oikeutta sitten järjestyksenä tai ajatteluna kohdataan kysymys oikeuden velvoittavuudesta ja sen perustasta. Oikeus on normatiivinen ilmiö, ja oikeudellinen ajattelu rakentuu normatiivisten käsitteiden varaan myös silloin, kun sen tavoitteet mahdollisesti ovat pelkistään deskriptiivisiä ja selittäviä. Oikeusnormit ovat päteviä, mikä sisältää oletuksen niiden

¹⁷⁰ Oikeudessa symbolit ovat yleensä kirjoitusta ja alustana paperi tai vastaava elektroninen väline. Muita mahdollisia symbolin ja materiaallisen alustan yhdistelmiä ovat kuvasymboli/kyltti, puhe/ääniaallot, ele/ruumiinjäsenet sekä binäärikoodi/taltiointiväline. Merkityksen ja representaation suhteen ei-triviaaleja seurauksia ovat välittömästi merkityksiin kohdistuvan tiedostuksen ja kommunikaation mahdottomuus ja siitä seuraava tulkinnan välttämättömyys ja merkitysten – esimerkiksi oikeusnormien – luonne konstruoituina ja pääteltyinä entiteetteinä. Voimme ilmaista käsityksemme merkityksestä vain luomalla representaation, jonka toivomme tulkittuna välittävän mielessämme olevan merkityksen. Ajatusten ja niiden representaatioiden suhteesta ks. Sperber s. 94–97.

velvoittavasta vaikutuksesta niille, joiden näkökulma oikeuteen on sisäinen. Vastaavasti sisäisestä näkökulmasta tarkasteltuina oikeudelliset käsitteet kuten oikeus, rangaistus, oikeustoimi ja niin edelleen ilmaisevat toiminnan oikeutukseen (tai sen puutteeseen) liittyviä perusteita. Esimerkiksi yhdysvaltalaiselle politologille lause ”EU:n direktiiveillä on välitön oikeusvaikutus tietyissä tilanteissa” ilmaisee Euroopan unionia koskevan sosiaalisen faktan, mutta suomalaiselle tuomarille potentiaalisen ratkaisunormin.

Normatiivisuus on arvoihin liittyvä (*aksiologinen*) asia, koska oikeusnormit ja oikeuskäsitteet ilmaisevat toimintaperusteita niille, joiden näkökulma asianomaiseen oikeusjärjestykseen on sisäinen. Sisäinen näkökulma, siis normin pätevyyden tunnustaminen (tai kiistäminen), ei ole (pelkästään) episteeminen asenne vaan myös aktuaalinen tai potentiaalinen arvovalinta. Ulkoisesta näkökulmasta normisto on sosiaalinen tai kulttuurinen fakta, joka ei ole kelvollinen toiminnan sitovaksi koetuksi perusteeksi. Sen pätevyyttä ei tuolloin kiistetä tai tunnusteta; se ei ole voimassa. Ulkoisesta näkökulmasta normisto – esimerkiksi turistille kohdemaan käsitämätön lainsäädäntö tai vieraat sosiaaliset normit – voi toimia toiminnan perusteena vain prudentiaalisista syistä kuten vaikeuksien välttämiseksi tai kohteliaisuudesta. Ulkoiselle näkökulmalle on siten tunnusomaista normatiivinen indifferenssi: kysymyksessä olevilla normeilla ei ole positiivista tai negatiivista pätevyysarvoa toiminnan perusteena.

Sisäisestä näkökulmasta normi sen sijaan omaa auktoriteetin tai heijastaa auktoriteettia eli se kelpaa toiminnan *prima facie* perusteeksi ilman, että sen sisällön perusteltavuus tulisi harkintaan. Tällöin sisäistä näkökulmaa edustavat yksilötasolla sellaiset asenneominaisuudet kuin lainkuuliaisuus tai moraalisuus.

Pätevyyden tunnustamiseen sisältyvä arvovalinta voidaan asettaa reflektiivisesti kysymyksenalaiseksi vaatimalla normin tai normiston pätevyydelle oikeuttavia perusteita. Tämä pätevyyden justifiointi voi perustua vain arvoihin; eri oikeusteoriat eroavat toisistaan lähinnä siinä, minkälaisen ja kuinka pitkän ketjun kautta tämä normatiivisuuden justifiointi tapahtuu.

Esimerkiksi *Hans Kelsenillä* arvoratkaisu sisältyy yhtäältä koko oikeusjärjestyksen pätevyyden tunnustamiseen olettamalla sen loogis-oikeudellisen voimassaolon synnyttävä perusnormi päteväksi, toisaalta jokaiseen yksittäiseen soveltamisratkaisuun, koska Kelsenin mielestä mikään oikeusnormi ei täydellisesti determinoi konkreettisemmän normin asettamista.¹⁷¹ *H.L.A.Hartilla* puolestaan tunnustamissääntö (*rule of recognition*) luo oikeusjärjestyksen nor-

¹⁷¹ Kelsenille oikeustieteen tulee olla puhdasta eli arvovapaata, mutta oikeudellinen käyttäytyminen oikeusjärjestyksen kaikilla tasoilla – lakien säätämisestä yksittäisiin tuomioistuin- ja hallintopäätöksiin – on sen sijaan valintojen tekemistä ja sellaisena arvopitoista toimintaa. Lars Vinx (Vinx 2007) perustelee tuoreessa tutkimuksessaan kantaa, jonka mukaan Kelsenin puhdas oikeusoppi on sisällöllinen normatiivinen yhteiskuntafilosofinen teoria, joka on ymmärrettävissä vain Kelsenin poliittiseen filosofiaan sisältyvän demokratiateorian valossa. Kelsenin valtio-oikeus –dualismista irtautuva kokonaisnäkemys rakentuu pyrkimykselle löytää rauhanomaiset ratkaisut syville arvokonflikteille arvorelativismiin pohjalta. Ratkaisuna on ”legaalin utopia” eli laillisuusperiaatetta noudattava konstitutionaalinen oikeusvaltio, jonka oikeussuojarakenteet kuten perusoikeudet ja perustuslakituomioistuin luovat yhteisen rationaalisen kehikon kaikkien – niin kulloisen enemmistön kuin vähemmistönkin – vapauden tasa-arvoisesti maksimoivalle enemmistöperiaatetta noudattavalle demokratialle.

matiivisuuden niille, jotka katsovat sitä sisäisestä näkökulmasta. Toisaalta oikeuden sisällöllinen avoimuus (*open texture*) jättää ratkaisutoiminnassa tilaa aidolle harkinnalle (*discretion*) ja edustaa siten tavallaan oikeuden sisällä olevaa oikeudesta vapaata aluetta, jossa joudutaan nojautumaan moraalisiin arvoperusteisiin. *Ronald Dworkinilla* taasen oikeutta ei voida erottaa poliittis-moraalisesta päätöksenteosta, koska oikeudessa päätöksenteon pohjana on oltava paras mahdollinen teoria, joka sisällyttää annettavan ratkaisun ja aiemmat sitovat oikeudelliset periaatteet eheäksi kokonaisuudeksi (*integrity*).

Artikkelin 4 alussa mainitsemani EFTAn *Group of Legal Experts* oli vuosina 1989–1990 minulle foorumi, jossa oma näkökulmani eurooppaoikeuteen alkoi vaihtua ulkoisesta sisäiseksi. EEC:n kilpailuoikeuden ekstraterritoriaalista vaikutusta koskevassa lisensiaattitutkimuksessa ni pitäydyin tietoisesti ulkoiseen näkökulmaan, koska pidin yhteisön oikeuden ”oikean” sisällön argumentoivaa selvittämistä Suomessa suomen kielellä suomalaiselle auditoriolle kirjoitettavalle tutkijalle intellektuaalisesti ja oikeusteoreettisesti vähemmän perusteltuna. ETA-sopimuksen valmisteluissa poliittisena tarkoituksena oli omaksua EY:n sisämarkkinasäännöt. Tämä edellytti EY-oikeudellisen ajattelutavan omaksumista, koska ilman sitä sopimuksen tarkoituksen ja vastapuolen neuvottelukantojen todellinen ymmärtäminen ja sisäistäminen eivät olisi onnistuneet.

Samassa työryhmässä tiedostin kuitenkin samalla sen oikeudelliseen ajatteluun liittyvän eron, joka erotti skandinaavit keskieuropalaisista. Tämä ero ei siis kulkenut EFTAn ja EY:n välillä vaan EFTAn sisällä. Sveitsiläisen kollegani mielestä ETA-sopimusta ei voitu alkaa suunnitella ja neuvotella ennen kuin olisi päästy yhteisymmärrykseen Euroopan talousalueen ”oikeudellisesta luonteesta”, koska kaikki yksityiskohdat riippuivat hänen näkemyksensä mukaan siitä, oliko ETA ”klassista kansainvälistä oikeutta” vai jotakin muuta.

Sveitsiläisen kollegani puheenvuoro havahdutti huomaamaan, että suomalaisen analyyttisen oikeustieteen ajatustavat eivät olleet ainoita mahdollisia. Keski-Euroopassa ei ollut tapahtunut samanlaista oikeusajattelun irtautumista 1800-luvun ”metafyysisistä” ja ”essentialistisista” ajattelutavoista kuin Suomessa ja muissa Pohjoismaissa loogis-analyyttisen filosofian ja skandinaavisen realismin vaikutuksesta oli ainakin jossakin määrin tapahtunut. ETA-sopimukseen ja EU-jäsenyyteen liittyneen lainsäädännön harmonisoinnin edetessä sai usein vaikutelman, että EY-oikeudellisen sääntelyn omaksuminen tarkoitti jonkinlaista nostalgista paluuta 1950-luvulle. Esimerkiksi hallinto-oikeudessa Merikoski tuntui nyt ajankohtaisemmalta kuin hänen analyyttikkoseuraajansa.

1990-luvun edetessä suomalainen oikeustiede onkin jossakin merkityksessä palannut ajassa takaisin päin. En tarkoita tällä pelkästään sitä käsiteläinopin arvonpalautusta, jota esimerkiksi *Markku Helinin* ja *Kaarlo Tuorin* eräät puheenvuorot ovat ilmentäneet. Suomalaisessa oikeustieteessä on 1980-luvun lopulta alkaen yhä suurempaan suosioon noussut *Ronald Dworkinin* ja *Robert Alexyn* vaikutuksesta oikeusperiaatteiden merkitystä korostava ajattelutapa, jonka metodisena seurauksena on oikeudellinen harkinnan ymmärtäminen eri oikeusperiaatteiden

keskinäisen painoarvon punninnaksi.¹⁷² Oikeuden eurooppalaistuminen on voinut vahvistaa tätä kehitystä.

Edeltävän analyyttisen suuntauksen pyrkimysten vastaiseksi tämä ajattelutapa johtaa oikeuteen sisältyvien arvojen ja arvostusten kietoutumiseen yhteen oikeudellisen argumentaation muiden aineiden kanssa tavalla, joka ei mahdollista avointa argumentaatiota arvostuskysymyksistä. Skandinaavisen realismin ja – vähemmässä määrin – suomalaisen analyyttisen oikeustieteen ajattelutapaan kuului tavallaan etsiä oikeuden oikeusteknisesti mahdolliset tulkintavaihtoehdot ja vaatia niiden välisen valinnan perustelemista avoimesti arvopohjaisesti eli ratkaisujen seurauksia koskevien reaalisten argumenttien perusteella. Oikeustieteilijän piti myös tuoda avoimesti esille omat ideologiset ja arvolähtökohtansa. Tämän katsottiin myös mahdollistavan oikeuteen sisältyvien arvo- ja valtakonfliktien näkyväksi tekemisen ja siten oikeuteen sisältyvän ideologisen piilovallankäytön vastustamisen.

Artikkelit 6–8 perustuvat heterogeenisuudestaan huolimatta edellä kerrottuun – ehkä liian subjektiiviseen – näkemykseeni oikeuden eurooppalaistumisen vaikutuksesta ja suomalaisen oikeusajattelun kehityksestä. Mielestäni on ollut huolestuttavaa se, että oikeuteen sisältyviä ja oikeuden taustalla olevia yhteiskunnallisiin ja moraalisiin arvoihin, arvostuksiin ja intresseihin liittyviä kysymyksiä ja ristiriitoja käsitellään kuin ne olisivat oikeuden sisäisiä käsitteenmuodostukseen ja oikeusperiaatteiden punnintaan liittyviä asioita huomaamatta tähän lähestymistapaan liittyviä vahvoja ja ongelmallisia metaeettisiä ja yhteiskuntafilosofisia sitoumuksia. Artikkelien 6–8 pyrkimyksenä oli nostaa tämä asia keskustelun kohteeksi, artikkelissa 6 demokratian näkökulmasta ja artikkeleissa 7 ja 8 eurooppaoikeudelliseen käsitteenmuodostukseen liittyen.

4.2. Koukkaus perusoikeuksien kautta

Eurooppaoikeuden perusongelma on demokratia, tai pikemminkin sen puute. Tämä kysymys näyttäytyy keskustelussa unionin demokratiavajeesta, *no demos*-teesin merkityksestä unionin konstituutiolle ja koko unionioikeuden pätevyysperusteesta. Esimerkiksi *Ute Bindreiter* katsoo, että nykyaikaisessa länsimaisessa oikeusajattelussa demokratiaperiaate on jollakin tavalla ymmärrettävä osaksi oikeusjärjestyksen pätevoittävää hypoteettista perusnormia.¹⁷³

Olin kokenut yhdeksi tärkeäksi osaksi eurooppaoikeudellisen tutkimuksen ongelmallisuutta juuri sen suhtautumisen demokratiaan. Tämä on voinut ilmetä sokeutena EU-oikeuden kehityksen epädemokraattisuudelle, pinnallisena luottamuksena demokraattisilta näyttäviin institutionaaliin uudistuksiin tai sitten unionin väestöjen sosiaalisesta, kulttuurisesta ja taloudel-

¹⁷² Tästä näkökulmasta uraa uurtavana tutkimuksena voitaneen pitää Juha Pöyhösen vuonna 1988 ilmestynyttä väitöskirjaa *Sopimusoikeuden järjestelmä ja sopimusten sovittelu* (SLY 1988), joskin Max Oker-Blom esitteli Dworkinin ajatuksia Suomessa jo vuonna 1978 ilmestyneessä artikkelissaan.

¹⁷³ Ks. Bindreiter s. 216–218.

lisesta todellisuudesta sangen etäällä olevien kosmopoliittisten ja älyllistävien mallien rakenteluna.

Ensiksi mainitusta voidaan mainita esimerkkinä yritykset johtaa tulkinnallisesti *acquis communautairen* pysyvyyden periaatteesta EU:n konstituutiolle kova ydin, joka ei olisi muutettavissa edes perussopimusmuutoksien kautta¹⁷⁴, tai sen ignoroiminen, että EY-tuomioistuimen oikeuskäytännössä kehittynyt käsitys EU-oikeudesta ei koskaan ollut demokraattisen ratifiointikäsitteilyn kohteena alkuperäisissä jäsenvaltioissa.¹⁷⁵ Pinnallista luottamusta demokraattiselta näyttäviin uudistuksiin ilmentävät mielestäni yritykset lähestyä unionin kansanvaltaisuutta koskevaa problematiikkaa korostamalla esimerkiksi Euroopan parlamentin valtaoikeuksien lisäämistä, vaikka EU:n demokratiavajeen yksi ilmenemismuoto on Euroopan parlamenttia ja sen vaaleja kohtaan tunnettu välinpitämättömyys, ja sen taustalla oleva aitojen eurooppalaisten puolueiden ja poliittisen keskustelun puuttuminen. Eurooppalaisen kommunikaatioyhteisön tai eurooppalaisen perustuslakipatriotismin rakentamiseen pyrkivät ajatukset edustavat mielestäni enemmän kielitaitoisen akateemisen yhteisön hyvää tarkoittavia ajatusrakennelmia kuin unionikansalaisten arkeen ankkuroituvaa demokratian kehittämistä.¹⁷⁶

Oikeusteorian kannalta EU-oikeuden ja demokratian välinen ongelma liittyy sen luonteeseen supernormistona eli sääntelynä, joka ei olennaisilta osiltaan ole muutettavissa demokraattisin menetelmin. EU:ssa konstituutio lyö lukkoon paljon enemmän sisällöllisiä poliittisia valintoja kuin kansallisvaltiossa. Se ei samalla tavalla kuin kansallisvaltion valtiosääntö rajoitu institutionaalisten kehyksien luomiseen demokraattisille valinnoille joidenkin kaikkein elementaarisimpien arvovalintojen ja pysyvien vähemmistöjen asemaa stabilisoivien perusoikeuksien puitteissa. Unionin väestö ei siten voi minkään tehokkaan kansanvaltaisen päätöksenteon kautta päättää esimerkiksi luopua sisämarkkinoista tai omaksua inflaatiotavoitteista riippumatonta suhdanteiden tasoittamiseen tähtäävää talouspolitiikkaa. Myös unionin juoksevassa lainsäädäntötyössä demokraattiset osallistumis- ja vaikutusmahdollisuudet ovat sangen välittyneitä ja epäsuoria. Unionin konstitutionalismille on tunnusomaista se, että periaatteessa EY-tuomioistuimen perussopimuksen soveltamisratkaisuilla voidaan *lex superiorista* koskevana tulkintana kumota unionin demokraattisen lainsäätäjän tekemiä arvostusratkaisuja myös asioissa, joissa ei ole kysymys yksilöiden perusoikeuksiin liittyvästä suojasta. Esimerkiksi pelimonopoliin asemaa koskeva oikeustaistelu EY-tuomioistuimessa elää omaa elämäänsä, joka

¹⁷⁴ Tämän keskustelun kaksi klassista tekstiä ovat huhtikuussa 1993 EY-tuomioistuimen ensimmäisen ETA-lausunnon innoittamina ilmestyneet Bieber ja Cruz Vilaça-Piçarra. Ks. keskustelusta myös Jääskinen 2001a s. 80 viite 22 sekä Hartley s. 145–147. Perusteellinen oikeusteoreettisesti argumentoitu puolustus unionioikeuden muuttamattomalle *Verfassungskernille* on Schroeder s. 366–383.

¹⁷⁵ Ks. Alter s. 183–184.

¹⁷⁶ Samoin Barents s. 130.

on riippumaton paitsi jäsenvaltioiden, myös Euroopan parlamentin tekemistä poliittisista valinnoista.¹⁷⁷

EU-oikeuden supernormiston luonteesta demokratialle aiheutuva ongelma on siinä mielessä sattumanvarainen, että se voi olla ratkaistavissa kehittämällä unioniin asianmukaisia demokraattisia päätöksentekokäytäntöjä sekä unionin konstituution muutoksia että unionin jatkuvaa päätöksentekoa varten. Unionioikeus ei siten ilmennä sellaisia perustavia arvoja, joiden kohdalla supernormistoluonteelle voitaisiin esittää myös sisällöllisiä moraalitai poliittisen filosofian avulla oikeutettavia perusteita, vaan se on pohjimmiltaan välineellinen järjestys.¹⁷⁸ Tämä merkitsi mielestäni toisaalta sitä, että jos oikeuden poliittis-moraalisia perusarvoja heijastavien perusoikeuksien kohdalla ei voida pätevästi perustella niiden etusijaa suhteessa demokrationperiaatteeseen, tällaista perustetta ei myöskään voitaisi esittää EU-oikeuden kohdalla.

Artikkelin 6 lähtökohtana oli *Agustin Squellan* havainto siitä, että huomattavimmat oikeuspositivistit olivat myös vakaumuksellisia demokraatteja. Toinen artikkelia innoittanut ajatus oli *Uberto Scarpellin* esittämä oikeuspositivismin poliittinen tulkinta, jonka mukaan syyt valita oikeuspositivismi ovat pohjimmiltaan poliittisia: oikeuspositivismi oikeuskäsityksenä oikeuttaa demokration poliittisena instituutiona.¹⁷⁹ Tässä suhteessa erityisen merkittäviä teoreetikkoja ovat *Hans Kelsen* ja *Alf Ross*. Heitä yhdisti näkemys demokration järjestelmänä, joka enemmistöperiaatteen kautta maksimoi kunkin yksilön tasa-arvoista vapautta järjestäytyneessä yhteiskunnassa.

Artikkelissa 6 keskustelu rajattiin nimenomaan positiivisoikeudellisiin perusoikeuksiin. Tarkkaavainen lukija huomaa tähän sisältyvän eräänlaisen kehäpäättelyn (*petitio principii*): tietysti mielessä argumentaation lopputulokset sisältyvät jo tähän perusrajaukseen, koska positiivisoikeudellisten perusoikeuksien perusteltavuus nimenomaan tässä ominaisuudessa ei voine olla vahvempi kuin positiivisen oikeuden yleensä. Toisaalta positiivisen oikeuden perusteltavuus näyttää olennaisesti sitoutuvan sen synnyn demokraattisuuteen. Vasta jos perusoikeuksille annetaan sellainen sisällöllinen tai yhteiskunnallisen päätöksenteon rationaliteettiehtoihin liittyvä syväjustifikaatio, joka tavallaan rikkoo oikeuspositivismin rajat, voidaan päätyä muihin kuin artikkelissa esitettyihin lopputuloksiin. Tällöin taasen raja positiivisoikeudellisiin perusoikeuksiin käy toisaalta sattumanvaraiseksi.

Artikkelissa 6 ei sen edellä kerrotun rajauksen takia ollut edellytyksiä syventää demokration ja perusoikeuksien väliseen suhteeseen liittyvää yhteiskuntafilosofista tarkastelua liittyen erityisesti deliberatiivisen demokration teoriaan sellaisilla ajattelijoilla kuin *Jürgen Habermas* ja *John Rawls*. Tähän johti myös pyrkimykseni tarkastella demokration nimenomaan näkökul-

¹⁷⁷ Ks. rahapelitoimintaa koskevan oikeuskäytännön kehityksestä Alber ja Lein. Rahapelitoiminta on jätetty sekundäärilainsäädännön uudistuksissa sääntelyn soveltamisalan ulkopuolelle esimerkiksi sähköistä kaupan käyntiä koskevan direktiivin ja palveludirektiivin säätämisen yhteydessä. Ks. Lein s. 401–402.

¹⁷⁸ Se, että EU:n jäsenvaltio ei saa ottaa käyttöön kuolemanrangaistusta, on siten oikeusteoreettisesti eri tason kysymys kuin se, että EU-oikeus rajoittaa mahdollisuuksia keynesiläiseen suhdannepolitiikkaan.

¹⁷⁹ Jääskinen 2004 s. 102.

masta, joka jollakin tavalla sitoutuu ja pitää arvossa suurin piirtein empiirisen demokratian kaltaista kansanvaltaa asettamatta demokratian käsitteelle liiallisesti idealisoivia edellytyksiä. Siksi Kelsenin ja Rossin demokratiakäsitys demokratiasta kollektiivisena päätöksentekona, joka maksimoi yksilöiden tasa-arvoista vapautta, tuntui vastaavan paremmin tarkastelun tarpeita kuin lähestymistavat, joiden yhtenä pontimena on irtautua empiirisestä vallankäytöstä, yksilöiden intresseistä ja väestöjen poliittisista preferensseistä.¹⁸⁰

Demokratian ja oikeuspositivismin yhteisenä syväjustifikaationa on tarve kyetä ratkaisemaan konflikteja rauhanomaisesti tilanteessa, jossa vallitsee arvopluralismi ja yksilöiden moraalinen tasa-arvoisuus, mutta puuttuu yhteinen näkemys rationaalisesta sisällöllisestä menetelmästä ratkaista normatiivisia erimielisyyksiä. Perusoikeudet ovat puolestaan demokratiaan nähden kilpaileva auktoriteetti, koska ne tavallaan asettavat tietyt arvonäkemykset keskustelun ulkopuolelle ja voivat johtaa eri lopputulokseen kuin demokraattinen päätöksenteko. Artikkelin oikeusteoreettisena ydinkysymyksenä oli siten se, onko meillä syytä asettaa jompikumpi näistä auktoriteeteista toisen edelle, jos ne johtavat eri tulokseen.¹⁸¹

Artikkelissa tarkasteltiin *Jed Rubenfeldin* esikuvaa soveltaen neljää eri perustelutapaa sille, että perusoikeudet syrjäyttäisivät demokraattiset päätökset. Näitä perustelutapoja olivat perusoikeudet esipoliittisina oikeuksina, perusoikeudet kansan historiallisena tahtona, perusoikeudet kansan aktuaalisena tahtona ja perusoikeudet kansan hypoteettisena rationaalisena tahtona.

Tarkastelun tulemana oli se, että positiivisoikeudellisia perusoikeuksia ei voida perustella vetoamalla niiden esipoliittiseen sisällölliseen oikeellisuuteen. Ensinnäkään tietyn valinnan moraalinen hylättävyys ei riipu siitä, onko se kirjattu perustuslakiin vai ei. Toiseksi perusoikeuksien moraalinen painoarvo vaihtelee. Kolmanneksi moraalinen ja oikeudellinen argumentaatio oikeuksista eivät samaistu, joten oikeudellisesti relevantit argumentit voivat olla moraalisesti irrelevantteja ja päinvastoin. Neljänneksi meillä ei ole tehokkaita menetelmiä päätyä yksimielisyyteen perusoikeuksien esipoliittisesta tai ylipositiivisesta syväjustifikaatiosta.

¹⁸⁰ Demokratia on malliesimerkki olennaisesti kiistanalaisesta käsitteestä. Itse pidän perustelluimpina lähestymistapoja, joissa demokratiaa tarkastellaan mieluummin käsitteellisiltä sitoumuksiltaan ohuen ja empiirisesti käyttökelpoisen kuin idealisoivilla filosofisilla oletuksilla ladatun ”paksun” määritelmän valossa. Kuten artikkelissa 6 totesin, äärimmäisen deliberatiivisen demokratian ihanteet johtavat samanlaiseen demokratiaskepsismiin kuin 1950-luvun politologian identifioimat kollektiivisen päätöksenteon paradoksit. (Jääskinen 2004 s.105–106) Mielestäni demokrateorioiden on oltava adekvaatteja suhteessa poliittiseen käyttäytymiseen, poliittisiin järjestelmiin ja kamppailuun poliittisesta vallasta. Tästä näkökulmasta demokratian ytimessä ei ole deliberatiivisuus vaan poliittinen tasa-arvo.

¹⁸¹ Jääskinen 2004 s. 103–104. Tämä oikeusteoreettinen kysymys on eri asia kuin kysymyksen eri positiivisissa valtiosäännöissä saama ratkaisu tai elin, jolla toimivalta ratkaista ko. ristiriita.

Perusoikeuksien perustelu kansan historiallisella tahdolla puolestaan sitoisi tulevat sukupolvet epärationaalisella tavalla edeltävien sukupolvien tekemiin arvovalintoihin, vaikka ne eivät enää olisi perusteltuja.¹⁸²

Perustuslakien perustelu kansan aktuaalisena tahtona eli osana demokraattisesti legitimoitua konstituutiota johti tarpeeseen tarkastella eri perusoikeuksia eri tavalla. Katsoin yhteenvetona, että demokraattinen osallistumisoikeus eli passiiviset ja aktiiviset vaalioikeudet ovat konstitutiivisia suhteessa demokratiaan. Muilla oikeuksilla ei ole välttämätöntä käsitteellistä suhdetta demokratiaan, mutta niitä toteuttavat asiantilat voivat yhteiskunnallisen toiminnan mielekkyysehtojen kautta tai puhtaan kausaalisesti kontribuoida demokratian toteutumiseen. Demokraattisen osallistumisoikeuden tai muidenkaan oikeuksien edellä selostetun merkityksen kannalta ei kuitenkaan ole olennaista se, suojataanko niitä perusoikeuksina vai tavallisina oikeuksina. Muiden perusoikeuksien kuin demokraattisen osallistumisoikeuden ja demokraatiaperiaatteen välillä vallitsee jännite sen vuoksi, että demokraatiaperiaate pitää sisällään mahdollisuuden tehdä konkreettisia päätöksiä, jotka ovat ristiriidassa perusoikeuksien kanssa.¹⁸³

Ajatus perusoikeuksista kansan rationaalisena valintana, jolla estetään ennalta sitoutumalla (*precommitment*) myöhemmästä tahdon heikkoudesta (*akrasia*) johtuvat virheet tai vääryydet, perusteli mielestäni perusoikeuksien kanssa ristiriidassa olevien päätösten tekemisen menettelyllistä vaikeuttamista riittävän harkinnan turvaamiseksi, muttei enemmistön päätösvallan pysyvää rajoittamista.¹⁸⁴

Artikkelin johtopäätöksenä oli perusoikeuksien ja demokratian välisen jännitteen toteaminen, mutta samalla perusoikeuksien suojan korostaminen positiivisoikeudellisena ja demokraattisesti legitimoituna valintana. Perusoikeuksissa ei kuitenkaan ole kysymys luonnonoikeudesta tai moraalilaista, vaan nykyisiä arvokäsityksiämme ilmaisevista valinnoista.¹⁸⁵

Lars Vinxin uuden tutkimuksen valossa on todettava, että Kelsenin perusoikeuskäsityksen ja siihen liittyvän valtiotuomioistuimen roolin syvällisempi tarkastelu olisi syventänyt artikkelin 6 keskustelua. Vinxin mukaan Kelsenin demokratiakäsitykselle on ominaista paitsi demokratian näkeminen keinona maksimoida yksilöiden vapautta vallankäytössä, myös ajatus enemmistöistä ja vähemmistöistä yksilöistä muodostuvina satunnaisina kokonaisuuksina. Tämän seurauksena Kelsenin ajattelussa on oikeutettua suojata enemmistön päätöksenteolta paitsi demokratian toteutumisen kannalta olennaisia oikeuksia (vrt. demokraattinen osallistumisoikeus artikkelissani), myös muitakin, demokratian kannalta epäolennaisia oikeuksia. Niiden avulla voidaan turvata rauhanomaisten ratkaisujen edellytyksiä enemmistön ja vähemmistön välillä. Samalla otetaan huomioon se, että enemmistö yksilöistä koostuvana voikin päätösten tekohetkellä olla jo vähemmistö tai päinvastoin. Olennaista on kuitenkin se, että kysymys on

¹⁸² Jääskinen 2004 s. 108–110.

¹⁸³ Jääskinen 2004 s. 111–115.

¹⁸⁴ Jääskinen 2004 s. 115–117.

¹⁸⁵ Jääskinen 2004 s. 117–118.

tällöinkin muutettavissa olevista perusoikeuksista, jolloin yksilöiden demokraattisten valintojen kautta voi aikanaan syntyä perusoikeuden muuttamiseen riittävä määräenemmistö.¹⁸⁶

4.3. EU ja analyysi

Artikkeli 7 syntyi osana tutkimusprojektia *Binding Unity and Divergent Concepts in EU Law*. Kysymyksessä oli professorien *Sacha Prechal*, *Bert Van Roermund* ja *Hans Lindahl* johtama Utrectin ja Tilburgin yliopistojen kansainvälinen tutkimushanke. Sen tuloksena on julkaistu artikkelikokoelma *The Coherence of EU Law*.¹⁸⁷

Projektissa pyrittiin selvittämään jäsenvaltioiden kansallisten oikeusjärjestysten käsitteellisten erojen vaikutuksia mahdollisuuksiin saavuttaa unionioikeuden yhtenevä tulkinta ja soveltaminen kaikkialla unionissa. Mielenkiinnon kohteena oli myös unionioikeuden vaikutus kansalliseen oikeudelliseen käsitteistöön. Erityisesti tutkittiin käsitteiden oikeus (*right*) ja harkintavalta (*discretion*) käsitteellisiä eroja keskeisten jäsenvaltioiden oikeusjärjestyksissä ja EU-oikeudessa.

Artikkeli 7 on ohjelmallinen puheenvuoro. Sen kirjoittamista inspiroi edellä jaksossa 4.1. selostettu tyytymättömyys eurooppaoikeuden tapaan suhtautua arvoihin ja arvostuksiin. Myös eräät projektin puitteissa esitetyt puheenvuorot vaikuttivat samansuuntaisesti. Artikkelissa 7 katsotaan, että eurooppaoikeudellinen tutkimus hyötyisi suomalaisen analyyttisen oikeustieteen tai jonkin vastaavan loogis-analyyttisen filosofian traditioon kuuluvan suuntauksen (skandinaavisen realismin myöhäisvaihe, *H.L.A.Hartin* oikeuspositivismi, puolalainen ja italialainen analyyttinen oikeusteoria) oppien soveltamisesta. Näin siksi, että eurooppaoikeutta vaivaa mielestäni paljolti sellainen käsitteistä päättely ja essentialismi, jota suomalainen analyyttinen oikeustiede aikalaisineen nousi vastustamaan.

Viimeksi mainittu moite on siinä mielessä ongelmallinen, että oikeusteoreettisesti valtaosassa eurooppaoikeudellista tutkimusta leimaava antavin metodologinen piirre lienee käsitelainopillisen essentialismin sijasta pikemminkin jonkinlaista epäteoreettista tuomioistuinrealismia edustava oikeustapauspositivismi. EU-oikeus on tällöin ensisijaisesti EY-tuomioistuimen oikeuskäytännön kommentointia ja mahdollisesti sen systematisointia perussopimuksesta ilmenevien ”periaatteiden” valossa. Toisaalta EU-oikeuden yleisiä oppeja ja käsitteitä koskevassa

¹⁸⁶ Ks. Vinx s. 119–132.

¹⁸⁷ Osallistuin projektiin vastaamalla projektissa toteutettuun vertailevaan kyselyyn EU-oikeuden vaikutuksesta kansallisen oikeuden käsitteistöön ja terminologiaan sekä alustamalla projektin päätösseminaarissa. Artikkeli 7 perustuu sanottuun alustukseen.

keskustelussa suhtautuminen oikeuskäsitteisiin ja niiden käyttöön ilmentää kuitenkin siinä määrin käsitelainopillisia ajattelutapoja, että pidän puheenvuoroani perusteltuna.¹⁸⁸

Analyyttisen oikeuspositivismin näkemyksen mukaan oikeudelliset käsitteet ovat kielellisen kommunikaation helpottamiseen pyrkiviä välineitä. Niillä ei ole oikeita merkityksiä tai määritelmiä. Liioin ei oikeudellisiin kysymyksiin ole yhtä ainoaa oikeaa vastausta. Erilaiset terminologiaan ja oikeudelliseen käsitteenmuodostukseen liittyvät ongelmat ovat odotettavissa olevia sellaisessa monikielisessä ja monesta oikeuskulttuurista muodostuvassa oikeusjärjestyksessä kuin EU-oikeus. Tällaiset ongelmat eivät itsessään ole tärkeitä. Ne voivat kuitenkin peittää tärkeitä teleologisia konflikteja eri osapuolten ja oikeusjärjestysten välillä, jolloin teleologinen voi tarkoittaa paitsi poliittisuutta käsitteen ahtaassa merkityksessä myös muunlaisia päämääriin liittyviä eroja. Analyyttisen oikeuspositivismin näkökulmasta tällaisia konflikteja pitäisi tarkastella nimenomaan teleologisina eikä käsitteellisinä ongelmina. Muutoin vaarana on, että savignylainen pyrkimys eurooppalaisen oikeudellisen yhteyden luomiseen yhteisen käsitteistön kehittämällä voi lisätä essentialismia samalla tavalla kuin 1800-luvun Saksassa.¹⁸⁹

Artikkelissa 7 selostetaan suomalaisen analyttisen oikeustieteen perusajatuksia ja ilmeneismuotoja, erityisesti pyrkimystä perinteisen käsitelainopillisen käsitteistön korvaamiseen erottelukykyisemmällä ja analyttisemmalla käsitteistöllä. Artikkelissa todettiin myös analyttisen oikeustieteen menestys yksityisoikeudellisessa tutkimuksessa, mutta sen vaatimatommattamat saavutukset julkisoikeuden puolella. Analyttisen oikeustieteen katsoin menettäneen asemansa Suomessa sen vuoksi, että se ei kyennyt vastaamaan oikeuden pragmatiikkaan liittyviin haasteisiin. Oikeuden kielen pragmatiikka edellyttää semanttisen ja syntaktisen tarkastelun täydentämistä tai korvaamista näkökulmalla, jossa otetaan huomioon oikeuden taustalla olevat kommunikatiiviset, sosiaaliset ja kulttuuriset rakenteet. Tähän haasteeseen pyrkivät vastaamaan esimerkiksi *Aulis Aarnion* analyttinen hermeneutiikka ja *Kaarlo Tuorin* kriittinen oikeuspositivismi.¹⁹⁰

Katsoin artikkelissa 7 eurooppaoikeuden kärsivän samankaltaisista metodisista ongelmista kuin analyttista oikeustiedettä edeltäneen suomalaisen oikeusajattelun. Esimerkkinä tästä mainitsin käsitteistä päättelyn, joka voi liittyä esimerkiksi EU-oikeuden ”oikeudellisen luonteen” luokittelun perusteella tehtäviin johtopäätöksiin. Vastaavia ongelmia on liittynyt esimerkiksi sellaisiin käsitteisiin kuin *Community right*, jäsenvaltio ja tehokkuusperiaate (*effet utile*). Samalla on peitetty päättelyihin sisältyviä ideologisia tai arvovalintoja.¹⁹¹

¹⁸⁸ Esimerkiksi Barentsin sisällöltään erinomainen tutkimus yhteisön oikeuden autonomiasta ilmentää täysin käsitelainopillista kysymyksenasettelua eli sitä, mikä oikeuskäsite ”selittää” EY-oikeuden olennaiset piirteet. Ks. Barents s. 21–22.

¹⁸⁹ Jääskinen 2008 a s. 451–452. Von Savigny näyttää kokeneen renessanssin myös Euroopan siviilioikeudelliseen yhdistämiseen tähtäävässä keskustelussa. Ks. Paasilehto s. 171–189.

¹⁹⁰ Jääskinen 2008 a s. 452–456.

¹⁹¹ Jääskinen 2008 a s. 456–459.

Artikkelissa katsottiin, että analyyttisen positivismin lähtökohtia heijastava suhtautuminen oikeudelliseen käsitteistöön voisi edesauttaa virheellisten päätelmien välttämistä eurooppaoikeudessa. Samalla sen avulla voitaisiin luoda erottelukykyisempi ja teleologiset valinnat avoimemmaksi tekevä käsitteellinen kehikko. Analyyttisempi ja samalla formaalimpi oikeuskäsitteistö – esimerkiksi *W.N.Hohfeldin* relaatiokäsitteitä hyödyntäen – olisi hyödyllinen eurooppaoikeudessa myös siinä merkityksessä, että sen avulla voitaisiin välttää kansallisiin taustoihin liittyvien käsitteellisten sitoumusten eurooppaoikeuden yhteneväistä ymmärtämistä ja soveltamista vaarantava luonne. Analyyttistä oikeustiedettä ei pidetä artikkelissa metodisesti tai teoreettisesti ainoana oikeana lähestymistapana, vaan tunnustetaan sen yksipuolisuus ja riittämättömyys. Kuitenkin analyyttistä oikeustiedettä Suomessa seuranneiden suuntausten ilmentämä oikeuden yhteisöllisten kommunikatiivisten rakenteiden ja perinteiden painottaminen on ongelmallinen nimenomaan eurooppaoikeuden kannalta, koska sen taustalla ei ole homogeenista historiallisesti kehittyntä oikeusyhteisöä. Tämän vuoksi analyyttisen perinteen esimerkin soveltamista puolletaan artikkelissa eräänlaisena esiprojektina systematisoivalle ja käsitteenmuodostukseen tähtäävälle eurooppaoikeuden tutkimukselle.¹⁹²

Artikkeli 8 on yritys vastata artikkelissa 7 esitettyyn haasteeseen selvittämällä mahdollisuutta käsitellä välittömän oikeusvaikutuksen kattamia ilmiöitä subjektien hohfeldilaisten asetelmien tranformaatioina. Tuolloin kansallisen oikeuden mukainen hohfeldilainen etuus muuttuu EU-oikeuden vaikutuksesta hohdelfilaiseksi rasitukseksi. Artikkelissa käsitellään Hohfeldin järjestelmään liittyvien yleisten kysymysten ohella systemaattisesti tilanteet, joissa välitön vaikutus ilmenee yksityisen osapuolen vaateena, vapautena, toimivaltana ja koskemattomuutena ja vastaavasti jäsenvaltion asema muuttuu korreloivaksi velvollisuudeksi, ei-oikeudeksi, sidonnaisuudeksi ja inkompetenssiksi.

Artikkelin 7 tematiikan kannalta on olennaista huomata, että yksityisen osapuolen ja jäsenvaltion keskinäisen hohfeldilaisen aseman muuttumisessa ei ole kysymys loogisesta päättelystä, vaan *Alexander Peczenikin* tarkoittamasta ei-loogisesta oikeudellisesta transformaatiosta. Tällainen ulkolooginen oikeudellinen hyppäys voi perustua vain sisällöllisiin oikeudellisiin argumentteihin, EU-oikeuden välittömän vaikutuksen kohdalla lähinnä tehokkuusperiaatteeseen (*effet utile*). EU-oikeuden dogmaattisen käsittelyn kannalta pidän lupaavana Kraaijeveldtyyppisen välittömän vaikutuksen konstruointia nimenomaan hohfeldilaisen toimivallan syntymiseksi yksityiselle; tällä tavalla voitaneen saada käsitteellistä selkeyttä asiaa koskevaan keskusteluun.

¹⁹² Jääskinen 2008 a s. 459–461.

Oikeusteoreettinen analyysi

5. Oikeus normien, oikeuslähteiden ja oikeuskäsitteiden järjestelmänä

5.1. Passerelle¹⁹³ oikeusteoriaan

Tutkimusartikkeleissa ja niiden edellä esitetystä yhteenvedosta käsitettä oikeus on käytetty epäanalyyttisesti tekemättä sanottavasti käsitteellistä eroa oikeuslähteiden, oikeudellisten käytäntöjen, oikeusnormien ja oikeuden käsitteellisten rakenteiden välillä. Keskustelusta ovat kuitenkin paistaneet läpi klassiset oikeusteoreettiset ongelmat, esimerkiksi unionioikeuden pätevyyden perusta ja sen suhde kansallisten oikeuksien pätevyyteen, sisäisen ja ulkoisen näkökulman ero suhteessa eurooppaoikeuteen, oikeudellisten käsitejärjestelmien erojen vaikutus, oikeuden menetelmien muuttuminen ja oikeudellisen ajattelun välineiden vaikutus oikeuden sisältöön. EU-oikeuden ja kansallisen oikeuden välisen suhteen ydinongelma – kysymys unionioikeuden autonomiasta ja sitä ilmentävästä etusijaperiaatteesta – johtaa suoraan valtio-oikeudellisen teorian kaikista perustavimpiin kysymyksenasetteluihin eli kysymyksiin konstitutiivisuuden pätevyyden perustasta, valtion täysivaltaisuudesta ja demokratiasta. Samalla tarkastelu kohtaa kysymyksen oikeuden tietoteoreettisista rajoista, oikeusjärjestyksen äärimmäisestä pätevyysperusteesta.

Totesin edellä jaksossa 1.5. ymmärtäväni oikeuden eurooppalaistumisen tässä tutkimuksessa *normatiiviseksi epäsymmetriaksi*, jossa jäsenvaltion näkökulmasta on voimassa, on sovellettavana tai velvoittaa kaksi oikeusjärjestystä, jotka eivät kuitenkaan muodosta yhtä oikeusjärjestystä siinä merkityksessä, että ne olisivat yhdessä yksi suurempi kokonaisuus tai että toinen niistä olisi toisen osa. Olen johdantojaksossa myös todennut oikeusteoreettisiksi lähtökohdiksi oikeuspositivismin ja loogis-analyttisen filosofian perinteen. Tässä jaksossa luodaan ja eritellään, mahdollisimman suureen yksinkertaisuuteen pyrkien, mainittujen lähtökohtien perinteestä ammentaen käsiteapparaattia, jonka avulla pyrin seuraavissa jaksoissa antamaan rationaalisen rekonstruktion oikeuden eurooppalaistumiselle.

5.2. Oikeuspositivismi analyysin lähtökohtana

Tutkimuksen teoreettisena lähtökohtana on siis analyyttinen oikeuspositivismi sanan modernissa merkityksessä.¹⁹⁴ Oikeuspositivismin käsitteellinen vastakohta on *luonnonoikeus*, jolla

¹⁹³ *Passerelle* tarkoittaa EU-jargonissa perussopimusmääräystä, joka mahdollistaa siirtymisen helpotettuun päätöksentekoon – esimerkiksi määräenemmistöpäätöksiin – ilman perussopimusmuutosta. Sanamukaisesti kysymys on kapeasta kävelysillasta, mutta myös laivan komentosillasta.

¹⁹⁴ Kysymys on siis loogis-analyttisen filosofian traditioon sijoittuvasta oikeuspositivismista, ei Jeremy Benthamin ja John Austinin analyyttisestä positivismista.

voidaan tarkoittaa monia erilaisia asioita. Jossakin hyvin laajassa merkityksessä luonnonoikeuden ydinajatus – jos luonnonoikeus ei tarkoita pelkästään positiivisen oikeuden kriittisen moraalisen arvioimisen ideaalista mittapuuta – on ajatus oikeuden sisällön välttämättömyydestä vastakohtana sen kontingenssille. Tällaisen välttämättömyyden perustana voi olla ihmisluontoa, yhteiskuntaa, arvoja tai asioiden logiikkaa koskeva näkemys, mutta olennaista on mahdollisen oikeudellisen pitämisen rajoittuminen, siis oikeuden autonomian puuttuminen suhteessa johonkin muuhun ideaaliseen tai faktuaaliseen järjestykseen.

Kahden eri oikeusjärjestyksen – tässä tapauksessa siis Suomen oikeuden ja unionioikeuden – välisen suhteen tarkastelu luonnonoikeudellisesta näkökulmasta merkitsisi tavallaan näiden kahden oikeusjärjestyksen ulkopuolisen mittapuun (*tertium comparationis*) tuomista mukaan analyysiin niin, että tämä mittapuu – esimerkiksi moraalinen arvojärjestys, jonkinlainen eurooppalaisen oikeuskulttuurin vääjäämätön yhteinen kutsumus tai yhdentymiskehityksen taloudellinen rationaliteetti – on sekä yhteinen että fundamentaalisempi kuin kohdeoikeusjärjestykset. Esimerkiksi oikeuden eheyden (*integriteetti*) dworkinilaisen tulkinnan hyväksyminen tämän tutkimuksen lähtökohdaksi edellyttäisi sen postuloimista, että kansallisen oikeuden ja EU-oikeuden taustalla on jonkinlainen yhteinen konstitutionaalinen moraalitietoisuus ja sitä ilmentävä yhteinen, mutta tulkinnalliselta sisällöltään kiistanalainen käsitteistö (*essentially contested concepts*), jonka paras mahdollinen tulkinta määräisi kummankin oikeusjärjestyksen sisältöä tulkinnanvaraisissa tilanteissa.¹⁹⁵

Theodor Schilling on tarkastellut lyhyesti mahdollisuutta etsiä luonnonoikeudesta perustelut unionioikeuden autonomialle. Tällöin yhdentyminen tai sen edistäminen voitaisiin ymmärtää moraaliseksi tai sosio-ekonomiseksi välttämättömyydeksi. Ensimmäinen vaihtoehto merkitsisi yhdentymisen tarkastelua abstraktina hyvänä, jollaisena sitä monesti on pidettykin, kun vaihtoehdoksi on esitetty nationalismi ja siitä Euroopalle seuranneet kauheet. Schillingin mielestä eettis-moraaliset luonnonoikeusteoriat voivat olla vahvoja, jolloin ne postuloivat oikeudellisen ja moraalisen hyvän identiteetin, ja heikkoja, jolloin luonnonoikeus toimii vain negatiivisesti oikeuden kontrolloijana. Vahvoissa luonnonoikeusteorioissa jokainen oikeudenmukainen sääntö on oikeutta, negatiivisissa teorioissa epäoikeudenmukaiset säännöt eivät ole oikeutta, mutta kaikki oikeudenmukaiset säännöt eivät ole oikeutta. Schillingin mielestä luonnonoikeuden vahvempaa versiota ei ole puolustettu toisen maailmansodan jälkeisessä oikeusteoriassa, eikä se ole sopusoinnussa demokratiaperiaatteen kanssa. Negatiivisena luonnonoikeusteorian ajatus yhdentymisen moraalisesta hyvyydestä ei riitä perustelemaan unionin oikeusjärjestystä, vaan korkeintaan karsimaan tai järjestämään sen sisältöä. Jos yhdentymisen välttämättömyyttä pidetään sosio-ekonomisena välttämättömyytenä, kysymys ei ole moraalis-

¹⁹⁵ Dowrick (ks. jäljempänä 8.1) on EY-oikeuden varhainen dworkinilaiseen oikeusteoriaan perustuva rekonstruktio. Bañkowski ja Christodoulis toteavat (s. 17), että ”Even if we take a theory explicitly against such foundational rules (tarkoittaa tunnistamissääntöä –NJ) like Dworkin’s, we find that the law’s integrity as a guiding ideal cannot cope with the uneasy co-existence or inter-locking of normative orders; not least because with the contestability over jurisdiction and competence the criterion of ‘coherence’ is left with no ground on which to build. So again, we have a system that is either in crisis or, worse still, we are left without the possibility of conceiving of it as a coherent practice, in other words for Dworkin, without the possibility of conceiving of it at all.”

ta vaan syiden ja seurausten välisestä kausaalisuhteesta. Tällöin se voi selittää yhdentymiseen liittyvää poliittista päätöksentekoa harkintatilanteissa, myös EY-tuomioistuimen oikeuskäytäntöä. Yhdentymisen oikeudellisten rajojen oikeudellisessa tarkastelussa yhdentymisen sosio-ekonominen välttämättömyys on kuitenkin irrelevanttia, koska oikeudellisesti ei millään perusteella voitaisi puolustaa tuomioistuimen ratkaisuja, jotka ylittävät sen oikeudellisen harkintavallan rajat. Tämän vuoksi unionioikeuden autonomian tarkastelussa ei Schillingin mielestä voida turvautua luonnonoikeudellisiin teorioihin.¹⁹⁶

Oikeuspositivismi oikeuden eurooppalaistumisen analyysin lähtökohtana ei tietenkään ole ainoa mahdollisuus, vaan samaa ilmiötä on mahdollista tarkastella ”luonnonoikeudellisesti” esimerkiksi taloudellisesti tai sosiologisesti vääjäämättömänä länsieurooppalaisen kapitalismin evoluutiona. EU-integraation tulkinta moraalisen prosessina tuntuu sen sijaan kaukaa haetulta, ainakin jos moraalin ja unionioikeuden suhde nähdään välittömänä deontologisena vastaavuutena. Jos moraalit ymmärretään seuraamuseettisesti, voidaan unionioikeuden moraalinen legitimointi yrittää johtaa yhdentymisen suotuisista taloudellisista, poliittisista tai sosiaalisista vaikutuksista. Sen sijaan esimerkiksi ihmisoikeusjärjestelmän kehitys Euroopassa on hyvinkin mahdollista konstruoida dworkinilaisena prosessina, jossa Euroopan oikeuskulttuurin arvopohjan yhteinen eksplikointi institutionalisoi yhteisen oikeudellis-moraalisen ihmisoikeusregiimin. Mielestäni on ilmeistä, että tässä tutkimuksessa suoritettava oikeuden eurooppalaistumisen analyysi edellyttää oletusta, jossa kohdeoikeusjärjestykset nähdään ennen eurooppalaistumisprosessin käynnistymistä sisällöltään kontingenteina suhteessa toisiinsa. Vain näin voidaan päästä käsiksi tämän tutkimuksen kannalta olennaisiin kysymyksenasetteluihin.

Oikeuspositivismi käsittää heterogeenisen joukon oikeusteoreettisia lähestymistapoja tai teorioita, joita yhdistävinä teoreettisina sitoumuksina voidaan *Walter Otin* mukaan pitää

- vihamielisyyttä ns. metafysisiä oletuksia kohtaan;
- oikeuden määrittelyä empiiristen, siis havaittavissa olevien tunnusmerkkien perusteella;
- oikeuden ymmärtämistä positiiviseksi oikeudeksi;
- erillisyysteesiä eli ero oikeuden ja moraalin välillä; sekä
- oikeuden muuttuvaisuuden hyväksymistä.¹⁹⁷

Ott jakaa oikeuspositivismin eri suuntaukset *valtiolliseen positivismiin* (Austinin analyttinen positivismi, saksalainen 1800-luvun lakipositivismi ja Kelsenin puhdas oikeusoppi), *psykologiseen positivismiin* (saksalaiset oikeuden tunnustamisteoriat kuten Jellinek ja skandinaavinen

¹⁹⁶ Ks. Schilling s. 401–403.

¹⁹⁷ Ks. Ott s. 102–110. Toisaalta Kelsenin perusnormikonstruktio on metafyyssinen konstruktio ja metafyyssisiä oletuksia sisältyy esimerkiksi skandinaavisen realismin käsitykseen oikeuden ontologiasta. Näin ollen hylättävillä metafyyssillä oletuksilla tarkoitetaan oikeuspositivismin piirissä kielteistä suhtautumista Jumalan olemassaoloon, ikuisiin arvoihin, absoluuttisiin ideoihin tai järkeen tai ihmisen olemukseen oikeutta selittävänä tekijänä. Ks. Ott s. 103–104.

realismi), *sosiologiseen positivismiin* (Erich, Weber, Geiger ja amerikkalainen realismi) sekä *sekamuotoisiin* teorioihin, joista hän antaa esimerkkinä H.L.A.Hartin oikeusteorian. Ottin teoksen ilmestymisen jälkeen syntyneitä oikeuspositivismin muotoja tai luokitteluja ovat esimerkiksi MacCormickin, Ruiterin ja Weinbergerin *institutionaalinen oikeuspositivismi*, Tuorin *kriittinen oikeuspositivismi* sekä angloamerikkalaisessa oikeusteoriassa tehty erottelu *inklusiivisen* ja *eksklusiivisen* oikeuspositivismin välillä.

Institutionaalinen oikeuspositivismi tarkastelee oikeutta *institutionalisoituneena normatiivisena järjestyksenä*, jonka ainesosia ovat oikeudelliset institutionaaliset tosiasiat eli normatiiviseksi järjestykseksi institutionalisoituneet oikeudelliset kieliteot (*speech act*). Institutionaalisen oikeusteorian mielenkiinto kohdistuu erityisesti oikeudellisiin instituutioihin ja niiden rooliin oikeuden dynamiikkaa ja koherenssia luovina tekijöinä.¹⁹⁸

Kriittinen oikeuspositivismi ymmärtää oikeuden pintatasosta sekä sen taustalla olevasta oikeuskulttuurista ja oikeuden käsitteellisestä ja aksiologisesta syvärakenteesta muodostuvana kokonaisuutena. Kriittiselle oikeuspositivismille oikeuden pintatasoon kuuluva oikeusjärjestys normijärjestyksenä muodostuu asetetuista oikeusnormeista ja on siten sisällöltään kontingentti; sen taustalla oleva oikeuskäsitteiden ja oikeusperiaatteiden syvärakenne ei sen sijaan ole moraalista riippumaton, vaan oikeuden syvärakenne välittää moraalisia arvoja oikeuteen ohjatessaan oikeusjärjestyksen tulkintaa ja systematisointia. Toisaalta oikeusjärjestyksen ja siihen liittyvien normatiivisten käytäntöjen sedimentoitumisprosessi välittää yhteiskunnan muuttumiseen reagoivia oikeuden pintatason muutoksia oikeuden syvärakenteeseen.¹⁹⁹

Erottelu *inklusiivisen* ja *eksklusiivisen* oikeuspositivismin välillä liittyy siihen, voidaanko oikeuspositivismin perusasettamukseen oikeuden ja moraalin käsitteellisestä erosta, siis oikeuden sisällön moraalista kontingenssista, yhdistää se ajatus, että oikeusnormin pätevyyden perustana voisi olla myös moraalisia kriteereitä. Inklusiivisen oikeuspositivismin mukaan oikeusjärjestys voi sisällyttää moraalisia kriteereitä oikeusnormien pätevyyden kriteereihin esimerkiksi viittaamalla käsitteisiin, joiden sisältö määräytyy moraalisten argumenttien perusteella. Inklusiivisen oikeuspositivismin edustajista voidaan esimerkiksi mainita kanadalaisen *Waluchowin* teoria ”peruskirjayhteiskunnista” (*charter society*), joissa oikeusjärjestykseen on sisällytetty moraalilla kriteereillä operoiva perusoikeusjärjestelmä. Eksklusiivinen oikeuspositivismi ei pidä käsitteellisesti mahdollisena sitä, että oikeusnormien pätevyyskriteereihin voisi sisältyä aidosti moraalisia tekijöitä. Esimerkiksi *Joseph Razin* mielestä oikeuden tarkoituksena on nimenomaan tarjota sellaiset auktoriteettiin perustuvat eksklusiiviset toimintape-

¹⁹⁸ Institutionaalisen oikeuspositivismin ohjelmallinen perusta luotiin teoksessa MacCormick–Weinberger. Suuntauksen kriittinen esittely, ks. Schroeder s. 83–88. Suuntauksen metodisesti sofistikoituja sovelluksia ovat Ruiter 1993 ja Ruiter 2001. Institutionaalisen oikeuspositivismin hyödyllisyyttä unionioikeuden tarkastelussa korostaa Bengoetxea, ks. Bengoetxea 1991 s. 196–198.

¹⁹⁹ Ks. Tuori 2000 ja 2007 (passim.).

rusteet eri tilanteisiin, että niiden avulla voidaan välttää tarve turvautua moraalisiin arvoihin arvioitaessa tietyn teon tai toiminnan oikeellisuutta.²⁰⁰

Oikeuspositivismin eri muotoja voidaan pitää pikemmin perheyhtäläisinä teorioina tai suuntauksina kuin tiettyjen yhteisten kriteerien avulla määriteltävissä olevana selkeänä kokonaisuutena. *Ottin* esittämät kriteerit paaluttavat oikeuspositivismin ajatuksellista liikkumavaraa suhteessa sen retoriseen vastakohtaan eli luonnonoikeudellisiin suuntauksiin enemmän kuin varsinaisesti määrittävät oikeuspositivismin tarkkaa käsitteellistä sisältöä.

Kaikki hänen esittämänsä kriteerit ovat myös suhteellisia; oikeuspositivismin omaksumista voidaan hyvin perustein pitää myös sisällöllisenä moraalisenä tai poliittisena sitoumuksena, joka on rationaalinen vain suhteessa johonkin määrättyyn ideologiaan, ennen kaikkea konstitutionaalisen demokraattisen oikeusvaltion liberalistiseen tai sosiaalidemokraattiseen tulkintaan.²⁰¹ Vastaavasti myös luonnonoikeudellisten tai muiden moraalien ja oikeuden käsitteellistä yhteyttä korostavien teorioiden ei-positivistisuus voidaan asettaa kysymyksenalaiseksi. Esimerkiksi *Ronald Dworkinin* oikeusteoriaa voidaan mielestäni pitää liberalistisesti tulkitun yhdysvaltalaisen valtiosääntöjudikatuurin yleistämisenä oikeuden tai oikeudenkäytön yleiseksi teoriaksi.

Tämän tutkimuksen kannalta olennainen oikeuspositivistinen teoreettinen sitoumus on siis näkemys oikeuden kontingenssista. Tämä kontingenssi pätee sekä suhteessa moraaliin että suhteessa faktuaalisuuteen. Kontingenssi luo edellytykset oikeuspositivismin toiselle perusasettamukselle eli sille, että oikeus on asetettua. Oikeus syntyy inhimillisen toiminnan tuloksena ja siten intentionaalista sanan filosofisessa merkityksessä. Tästä ei seuraa se, että oikeuden sisältö aina olisi tahdottua tai tietoisesti luotua. Sen sijaan positiivisuus pitää sisällään ajatuksen oikeuden sisällön muutettavuudesta; oikeusjärjestys sisältää välineet, joiden avulla sen sisältöä voidaan tietoisesti muuttaa.

Oikeuden moraalinen kontingenssi tarkoittaa ennen kaikkea sattumanvaraisuutta suhteessa kriittiseen eli jollain filosofisella perusteella pätevään moraaliseen järjestykseen. Oikeusjärjestys määrittelee, milloin teossa on kysymys aviovelvollisuuden täyttämisen vaatimisesta ja milloin raiskauksesta, milloin murhasta ja milloin kuolemanrangaistuksen täytäntöönpanosta. Suhteessa positiiviseen moraaliin eli väestössä sitoviksi koettuihin sosiaalisiin normeihin oikeus tuskin on itsenäinen; oikeuden funktio ja sisältö liittyvät keskeisesti tällaisten sosiaalisten järjestysten ylläpitämiseen ja tehostamiseen. Oikeuden käsitteellinen itsenäisyys kriittiseen moraaliin nähden ei tarkoita sitä, että oikeus ei esiintyisi oikeutettuna järjestyksenä eli että siihen ei sisältyisi jonkinlaista oikeudenmukaisuuteen viittaavaa pätevyysvaatimusta (*Geltungsanspruch*). Oikeuden on käsitteellisesti yhtä mieletöntä esiintyä vääryysjärjestyk-

²⁰⁰ Inklusiivisen ja eksklusiivisen oikeuspositivismin käsitteestä ja eroista ks. Waluchow s. 2–ja Kramer 1999/2003 s. 114–115, 197–199, Kramer 2006 s. 2–9. Kramer analysoi kattavasti oikeuspositivistisista lähtökohdista, miten moraalit tulevat osaksi positiivista oikeutta, ks. Kramer 2006 s. 17–44.

²⁰¹ Tällainen oikeuspositivismin poliittinen tulkinta oli artikkelin 6 ajatuksellisenä lähtökohtana.

nä kuin ihmisen ilmoittaa naapurilleen antavansa tälle huonoja neuvoja.²⁰² Toisaalta yhtä vähän kuin aterian käsitteestä seuraa tietyn aterian syömiskelpoisuus seuraa oikeuden käsitteeseen sisältyvästä pätevyysvaatimuksesta se, että tietty oikeusjärjestys tai siihen kuuluva yksittäinen oikeusnormi olisi moraalisesti velvoittava.

Oikeuden faktinen kontingenssi seuraa Humen laista; olemisesta ei seuraa pitäminen. Oikeusnormin sisältö ei määräydy kausaalisesti faktoista, vaan se asetetaan toisten oikeusnormien mukaisesti tai päätellään niiden perusteella. Tästä ei tietenkään seuraa, että oikeuden luomiseen tähtäävä käyttäytyminen ei voisi olla rationaalista; oikeusnormien on vähintäänkin oltava noudatettavissa²⁰³, mieluiten vieläpä tarkoituksenmukaisia suhteessa normin asettamisen tavoitteisiin tai yleisempiin rationaalista toimintaa koskeviin oletuksiin. Näin ollen voidaan olettaa, että yhteiskunnallinen todellisuus eri muodoissaan heijastuu oikeusjärjestyksessä, mutta se välittyy sinne normatiivisia vaikutuksia omaavan intentionaalisen toiminnan kautta. Tällainen ”faktuaalisen normatiivinen voima” koskee erityisesti sosiaalisten normien ja muun ”positiivisen moraalin” kuten velvoittaviksi koettujen tapojen oikeudellista relevanssia; käyttäytymisen ja asenteiden yhdenmukaisuus voi synnyttää oikeudellisesti velvoittavan normin eikä toisaalta oikeusjärjestyksen voima muuttaa väestön käyttäytymismalleja välttämättä ole kovin suuri.

Oikeuspositivistiset teoriat eroavat toisistaan siinä suhteessa, mistä ja minkälaisista elementeistä ne tulkitsevat oikeusjärjestyksen rakentuvan. Tämän kysymyksen suhteen tehdyillä oletuksilla on puolestaan heijastusvaikutuksia siihen, miten ne ymmärtävät oikeusjärjestyksen luonteen. Oikeusjärjestys voidaan ymmärtää esimerkiksi oikeuslauseiden, oikeusnormien tai oikeussääntöjen kokonaisuudeksi tai sen elementteinä voidaan edellä mainittujen sijasta tai ohella pitää oikeuskäsitteitä, oikeusperiaatteita, oikeudellisia instituutioita, arvoja sekä oikeudellista päättelyä ohjaavia metodisia tai loogisia periaatteita tai sääntöjä. Oikeuden tai oikeusjärjestyksen elementtejä koskevat näkemyserot ovat myös yhteydessä siihen, nähdäänkö oikeus

²⁰² Ks. Soper s.220:”-- governments do not enact ‘Administration of Injustice Acts’, but neither do parents announce ‘Unjust Demands for Bedtime’ or friends or neighbours proffer ‘Silly Advice for Improving your Garden’--.” Oikeuden pätevyysvaatimuksesta johtavan ajatuksen äärimäisestä epäoikeudenmukaisuudesta tms. oikeusnormin pätevyyden poistavana tekijänä ks. Alexy s.35–81 ja McCormick 2007 s. 273. Omasta puolestani pidän tällaista argumentaatiota vähemmän uskottavana paitsi Soperin mainitsemasta syystä, myös siksi että se sivuuttaa sen mahdollisuuden, että tuomarit yms. sisäisen näkökulman oikeuteen omaavat toimijat olisivat *aidosti* moraalisesti korruptoituneita tai pahoja, jolloin he voivat pitää esimerkiksi loikkarien ampumista Berliinin muurille moraalisesti oikeutettuna. Ks. myös Peczenik s. 193–196. McCormickin ajatus (2007 s. 277), että natsit eivät julkistaneet aikomuksiaan juutalaisten tuhoamisen suhteen sen vuoksi, että niitä olisi pidetty jonkinlaisen oikeuden moraalisen vähimmäissisällön vastaisina, on mielestäni naiivi. Todennäköisempi selitys oli heidän pyrkimyksensä välttää vastarintaa aikeidensa toteuttamiselle sekä yritys pitää oman maan, puolueettomien maiden ja vihollismaiden yleinen mielipide tietämättömänä holokaustin toteuttamistavasta.

²⁰³ Tässä on kuitenkin muistettava oikeusnormien kolme erilaista tehtävää; ne ohjaavat käyttäytymistä, toimivat käyttäytymisen arvioimisen mittapuuna ja muodostavat tällaista arviointia koskevan päätelmän tai väitteen justifiikaation. Esimerkiksi taannehtivaa normia on mahdotonta noudattaa, mutta sitä voidaan soveltaa arvioimalla käyttäytymistä jälkikäteen toisenlaisella perusteella kuin oli voimassa käyttäytymisen aikana.

- kielellisten ilmausten;
- niiden merkitysten tai niihin liittyvien kielitekojen illokutionaaristen vaikutusten konstruoimien ideaalisten abstraktien entiteettien (normien, instituutioiden, käsitteiden);
- kommunikaation;
- käyttäytymisen vai
- sosiaalisten valtasuhteiden järjestelmänä.

Eroja on myös siinä suhteessa, pidetäänkö oikeusjärjestystä vai jotain sen elementtikategoriaa (esimerkiksi oikeusnormi) käsitteellisesti perustavampana.

Edellä kuvatut eroavaisuudet konstruoivat erilaisten teorioiden ja lähestymistapojen avaruuden. Niiden välillä voi olla eroja aivan fundamentaalisimmissakin seikoissa, esimerkiksi muodollisen logiikan asemassa normien välisiä suhteita tarkasteltaessa. Nyt käsillä olevan kaltaisessa tutkimuksessa ei ole mahdollista eikä mielekästä syventyä normiteorian tai oikeusjärjestyksen teorian eri vaihtoehtoihin, vaan on tarkoituksenmukaisempaa stipulatiivisesti määrittää tarvittavaa käsitteistöä ja sille annettavaa tulkintaa. Tuolloin käsitteistön perusteltavuutta ei arvioida suhteessa oikeusteoreettiseen keskusteluun, vaan kriteerinä on sen käyttökelpoisuus suhteessa asetettuun tutkimustehtävään, siis oikeuden eurooppalaistumisen ratio-naaliseen rekonstruoimiseen oikeusteorian tasolla.²⁰⁴

Tutkimuksen toteuttamisen kannalta käsitteistön määrittämisen ja tarkentamisen tarve koskee käsitteitä oikeusnormi²⁰⁵, oikeusjärjestys, oikeus, oikeuslähteet ja voimassaolo.

5.3. Normit²⁰⁶ oikeusjärjestyksen elementteinä

Joseph Razin esittämän oikeusjärjestyksen teorian mukaan jokaisessa oikeusjärjestyksessä on oikeusnormeja, joita ovat velvollisuuksia luovat (*duty-imposing*) ja toimivaltaa luovat (*power-conferring*) oikeussäännöt. Hänen mukaansa jokaisessa oikeusjärjestyksessä on lisäksi ”lakeja” (*laws*), jotka eivät ole oikeusnormeja. Lait, jotka eivät ole oikeusnormeja, liittyvät sisäi-

²⁰⁴ Andrew Halpin on analysoinut ansiokkaan (*virtuous*) stipulaation kriteereitä. Niitä ovat inkoherenssin ja/tai loogisen ristiriitaisuuden välttäminen, riittävä laajuus suhteessa analyysin kohteena oleviin ilmiöihin ja riittävä syvyys suhteessa kohdeilmiön ominaisuuksiin, korrelaatio suhteessa käypään kielenkäyttöön sekä yhteensopi-vuus suhteessa muihin tarkastelutapoihin. Tärkeimpänä on kuitenkin se, että stipulaatio ei estä kaikkien mielek-käiden kysymysten käsittelyä tarkastelun yhteydessä, ellei se samalla osoita muuta asiayhteyttä, jossa jokin täl-lainen kysymys voidaan ottaa käsiteltäväksi. Ks. Halpin s. 13–16.

²⁰⁵ Oikeusnormin ja oikeussäännön ero ymmärretään tässä tutkimuksessa niin, että oikeussäännöt ovat oikeus-normien osaluokka. Ne ovat konditionaalisia ja soveltamiskriteereiltään abstrakteja oikeusnormeja vastakohtana kategorisille normeille ja individuaalinormeille.

²⁰⁶ Käytän termejä normi tai oikeusnormi myös silloin, kun englanninkieliset kirjoittajat käyttävät mieluummin termejä *rule* tai *law*. Termivalintaa puoltaa paitsi suomenkielisessä oikeusteoriassa noudatettu perinne myös se, että normin käsite kattaa luontevasti myös asiallisesti ja/tai persoonallisesti yksilölliset normit (*individuaalinor-mit*).

sesti normeihin esimerkiksi ohjatessaan niiden soveltamista, säännellessään niiden voimassaoloa tai sen päättymistä, kvalifioidessaan niissä käytettäviä käsitteitä ym.²⁰⁷

*J.W.Harris*²⁰⁸ jakaa oikeuspositivismin piirissä esitetyt näkemykset oikeussääntöjen tai oikeusnormien ontologisesta luonteesta tahtoteorioihin, puhtaan normin teorioihin (*pure norm theories*), sääntöajatusteorioihin (*rule idea theories*), tilannesääntöteorioihin (*rule situation theories*) ja paperisääntöteorioihin (*paper rule theories*). Tahtoteoriat, jotka samaistavat oikeuden suvereenin käskyihin, psykologista positivismia kuten skandinaavista realismia edustavat sääntöajatusteoriat samoin kuin amerikkalaisen realismin edustaman sääntöskeptismin käsitys oikeussäännöistä paperisääntöinä ovat lähestymistapoja, jotka eivät kuitenkaan mahdollista oikeuden käsittämistä oikeustieteessä ja oikeuskäytännössä sovellettavissa olevana järjestyksenä, koska ne eivät implikoi normien välistä systeeminyhteyttä.

Tilannesääntöteorialla Harris viittaa *H.L.A.Hartin* esittämään käsitykseen oikeudesta käyttäytymisenä, jossa käyttäytymisen ulkoinen, sosiaalisilla sanktioilla ylläpidetty säännönmukaisuus ja käyttäytymismallin sisäisen velvoittavuuden kriittis-refleksiivinen kokemus yhdistyvät oikeussäännön käsitteessä. Oikeusjärjestys ilmenee puolestaan käyttäytymissääntöjen (primäärisääntöjen) ja niiden tunnustamista, soveltamista ja muuttamista koskevien sekundäärisääntöjen yhteytenä. Harrisin käsityksen mukaan Hartin tarjoama säännön ja oikeusjärjestyksen eksplikaatio mahdollistaa oikeuden oikeussosiologisen ymmärtämisen. Se ei kuitenkaan ole tyydyttävä oikeustieteen kannalta, koska se ei tavoita oikeussääntöjen abstraktia normatiivisuutta, joka mahdollistaa niiden systematisoimisen oikeustieteen metodien pohjalta ristiriidattomaksi, subjektien velvollisuudet eri tilanteissa osoittavaksi normatiivisen merkityksen kentäksi.²⁰⁹ Toisaalta Hart ei itsekään välttä käyttämästä oikeussäännön käsitettä kelseniläisessä eli puhtaan normin merkityksessä keskustellessaan esimerkiksi oikeussääntöjen merkityksen ydinalueesta ja puolivarjosta (*penumbra*).²¹⁰

Tässä tutkimuksessa omaksutaan normiteoriaan enemmän syventymättä kelseniläinen käsitys oikeusnormeista puhtaina normeina. Tuolloin oikeusnormit ovat johonkin oikeusjärjestykseen kuuluvia ”objektiivisen” pitämisen (*ought, Sollen*) taikka normatiivisen voimisen tai saamisen (*Können*) ilmaisevia merkityssisältöjä, joiden kohteena on ihmisten tai instituutioiden käyttäytyminen. Myös Hartin primääri- ja sekundäärisäännöt tulkitaan – vastoin hänen ensisijaista tarkoitustaan – tällaisina puhtaina normeina, ei sosiaaliin tilanteisiin liittyvinä sisäistettyinä käyttäytymisstandardeina. Hartin sääntökäsitteen ensisijainen, ”deskriptiiviseen sosiologiaan” perustuva merkitys, ja sille olennainen kysymys sisäisestä näkökulmasta otetaan kuitenkin

²⁰⁷ Ks. Raz 1980 s. 168–186, 224–225.

²⁰⁸ Ks. Harris s. 24–25.

²⁰⁹ Delacroix’n (s. 68–69) mielestä Hartin tarkoituksenaan ei ollut löytää ratkaisua oikeuden normativiteetin ongelmaan vaan selitys sille, miten normativiteetti ilmenee ihmisille.

²¹⁰ Harris toteaa (s. 118), että ”Hart’s attempt to provide a conception of legal system which would simultaneously stand for an institutional complex and for ‘the present law’, is unsuccessful. For even if both can be described as ‘systems of rules’, they are not ‘rules’ in the same sense, nor is their systematization a parallel process.”

erikseen esille tarkasteltaessa kysymystä siitä, onko ja missä määrin näkökulma EU-oikeuteen Suomessa sisäinen Hartin tarkoittamassa merkityksessä.

Edelleen lähtökohtana on stipulaatio, jossa *oikeusjärjestys ymmärretään oikeusnormien järjestykseksi*. Oikeusjärjestys tässä merkityksessä on ajateltu tai päätelty objekti; se konstruoidaan toiminnassa, jota kutsun seuraavassa *juridiikaksi*. Oikeusjärjestys ei siten ole välittömästi annettu. Se konstruoidaan juridiikassa tulkitsemalla oikeuslähteitä ja systematisoimalla tulokinnan tuloksena tunnistettuja oikeusnormeja niin, että ne mahdollisuuksien mukaan ilmaisevat ajatuksellisesti ristiriidattoman järjestyksen. Siihen, mitä tarkoitan sanoilla mahdollisuuksien mukaan ja ristiriidaton järjestelmä, palataan jäljempänä.

*Juridiikka*²¹¹ tarkoittaa tässä tutkimuksessa oikeusjärjestyksen konstruointia suhteessa tiettyyn asiantilaan: mikä on oikeudellisesti voimassa asiassa? Juridiikkaa harjoitetaan niissä institutionaalisissa käytännöissä, joiden sisältönä on tai joihin olennaisesti liittyy kysymys voimassa olevan oikeusjärjestyksen sisällön selvittämisestä niin, että tämä sisältö esitetään asiaan soveltuvien normien kuvauksena (mitä saa/voi tehdä?) tai henkilötahojen keskinäisinä normatiivisina asetelmina (oikeudet, velvollisuudet, toimivallat). Juridiikka voi tarkoittaa käyttäytymisen tai asiantilan arviointia prospektiivisesti tai retrospektiivisesti. Ensimmäisestä voidaan mainita esimerkkinä veroneuvonta, jälkimmäisestä syyteharkinta. Juridiikka on tiettyjen institutionaalisten käytäntöjen kuten oikeustieteen, lainkäytön ja asianajotoiminnan ydinsisältöä; toisissa institutionaalisissa käytännöissä kuten hallinnossa, yritystoiminnassa tai edunvalvonnassa se on toiminnan varsinaisia päämääriä tukevaa. Myös lainsäädäntö ja lainvalmistelu ovat osaksi juridiikkaa. Näin ensiksikin siinä merkityksessä, että ne tapahtuvat tietyn oikeusjärjestykseen kuuluvan osajärjestelmän eli valtiosäännön sisältöä soveltaen. Toiseksi lainsäädännön rationaalisuus on sidoksissa oikeusjärjestyksen sisältöön; lainsäädäntö ei tuota irrallisia normatiivisia ajatuksia vaan sen tuotosten tarkoituksena on ”sopia” (*fit*) orgaanisesti voimaan jätettävään oikeuteen niin, että uuden säädöksen merkitys ja muu sääntely muodostavat johdonmukaisen ja yhteensopivan kokonaisuuden.²¹²

²¹¹ Mielestäni juridiikka on parempi termi kuin Harrisin käyttämä oikeustiede tai Kelsenin käyttämä oikeusoppi. Näin siksi, että juridiikka oikeusjärjestyksen sisällön selvittämisenä ei rajoitu oikeustieteeseen tai akateemiseen lainoppiin, vaan se on olennainen osa lainkäyttöä, hallintoa ja oikeudellista neuvontaa. Harrisin mukaan oikeustiede on toimintaa, jossa auktoritatiivisen lainsäädännön sisältö esitetään systemaattisesti, tarvittaessa suositellen epäselvässä tilanteessa jotakin tulkintavaihtoehtoa tai epätyydyttävän sääntelyn muuttamista. Oikeustiedettä tässä merkityksessä harjoitetaan akateemisen tutkimuksen ja opetuksen ohella myös asianajotoiminnassa ja lainkäytössä. Ks. Harris s. 2.

²¹² Lainsäätäjän oletuksesta, että uusi lainsäädäntö on johdonmukaista suhteessa voimassa oleviin oikeusnormeihin ks. Bengoetxea 1994 s. 73 ja Harris s. 82–83.

5.4. Oikeusjärjestyksen muodollisesta rakenteesta

1900-luvun suurten oikeuspositivistien *Hans Kelsenin* ja *H.L.A.Hartin* käsitykset oikeuden muodollisesta rakenteesta ovat edelleen keskeisiä silloin, kuin oikeutta tarkastellaan nimenomaan oikeusjärjestyksenä.

Kelsenin puhtaan oikeusopin mukaan oikeusjärjestys on normien järjestys, jonka oikeustiede²¹³ olettaa ristiriidattomaksi kokonaisuudeksi. Oikeusjärjestyksen kohteena on viranomaisen toiminta, tarkemmin sanottuna edellytykset, joiden mukaisesti sanktioita (pakkoa) voidaan käyttää yhteiskunnassa. Jokaisen normin pätevyys perustuu siihen, että se on annettu tai asetettu toisen (ylemmän) normin perusteella. Standardiesimerkkinä tästä on ketju *tuomioistuimen päätös* ← *asetus* ← *laki* ← *perustuslaki* ← *hypoteettinen perusnormi*.

Normin pätevyyden perustetta etsitään siis selvittämällä sen antamisen perustana oleva toinen normi, joka samanaikaisesti ilmaisee sekä normin antamiseen oikeuttavan toimivallan että sen materiaalsen sisällön rajat. Kysymyksenasetteluna on siten, miksi tämä normi (esimerkiksi tuomioistuimen yksittäistapauksessa antama tuomio) on pätevä. Normin antamisen perustana oleva normi on hierarkkisesti ”ylempänä” siinä teknisessä merkityksessä, että viimeksi mainittu on ensiksi mainitun voimassaolon välttämätön edellytys.

Kelsenin teoriaan voi liittyä se väärä miellelyhtymä, että oikeusnormien väliset pätevyysketjut ymmärretään loogisiksi implikaatioiksi niin, että ”pyramidin” ylimmät normit käsitetään aksiomiksi ja alemmat normit niistä johdetuiksi teoreemoiksi. Normipyramidissa ylhäältä alas valuva ominaisuus ei kuitenkaan ole normien sisältö vaan oikeudellinen pitäminen eli alempien normien luonne normeina. Kelsenillä pätevyyden välittyminen on samanaikaisesti materiaalista ja toimivaltaa koskevaa²¹⁴; eräänlaista normatiivisen sisällön konkretisoitumista normeja asetettaessa.

Virheellisesti annetun normin asema eli ristiriita normin ja sen pätevyysperusteena olevan normin välillä sai Kelsenin ajattelussa erilaisen ratkaisun eri vaiheissa. Tämä liittyi perusnor-

²¹³ Kelsen puhuu nimenomaan *oikeustieteen* transsendentaalis-loogisesta oletuksesta. Ks. Kelsen RR s. 204–209. Toisaalta oikeustieteen sijasta voi tässä yhteydessä myös olla perusteltua puhua oikeudellisen tiedostamisen tekemästä oletuksesta (ks. s. 209 ”positivistische Rechtserkenntnis”), koska perusnormin olettamisen välttämättömyys ei rajoitu oikeuden akateemiseen tutkimukseen. On kuitenkin syytä samalla pitää mielessä se Kelsenin käsitys, että oikeustiede ei ole oikeutta luovaa, koska se ei tee valintoja oikeuden eri tulkintavaihtoehtojen välillä, mutta että toisaalta oikeudellinen ratkaisutoiminta on aina oikeutta luovaa toimintaa.

²¹⁴ Posner (s. 268–270) pitää Kelsenin teoriaa toimivaltaa koskevana; oikeusjärjestys antaa viranomaisille kuten tuomareille jurisdiktion, muttei ainakaan kokonaan määrää sen puitteissa tehtävien ratkaisujen sisältöä. Kelsenille tuomarin oikeutta luova rooli ei siten merkitse oikeuden loppumista niin kuin Hartille open texture-tilanteet, vaan nimenomaan toimintaa oikeusjärjestyksessä. Vinxin (s.150) mielestä Posner unohtaa sen Kelsenin perusajatuksen, jonka mukaan tuomari samanaikaisesti sekä soveltaa yleistä normia että antaa individuaalinormin. Kysymys ei siten ole pelkästä toimivallan puitteissa harjoitetusta vapaasta harkinnasta, vaan osittain oikeudellisesti sidottuista ja osittain vapaasta ”poliittisesta” harkinnasta. Kelsenin teorian ytimessä on Vinxin mielestä se, että tämä koskee kaikkea päätöksentekoa oikeusjärjestyksessä, joka Kelsenille siis on sama asia kuin valtio. Lainsäädännön ja tuomitsemistoiminnan välillä on siksi vain aste-ero; kumpikaan ei ole oikeudellisesti täysin sidottua tai täysin vapaata.

min luonnetta, normien suhdetta logiikkaan ja oikeusjärjestyksen ristiriidattomuutta koskeviin muutoksiin hänen teoriassaan; vaihteluväli Kelsenillä ulottui tässä suhteessa virheellisen normin mitättömyydestä sen moitteenvараaisuuden kautta avointen normikonfliktien hyväksymiseen oikeusjärjestyksessä.²¹⁵ Olennaista on kuitenkin se, että Kelsenillä normin asettamiseen liittyy aina oikeutta luova momentti. Ylempi normi ei koskaan täydellisesti determinoi alemmaa, vaan esimerkiksi tuomioistuimen ratkaisussa on aina mukana harkintaa. Kelsenin näkeminen mekanistisen lainkäyttönäkemyksen tai sidotun ratkaisun idean edustajana on siten virheellistä.²¹⁶ Toisaalta mikään oikeudellisesti määräytyvä päätöksenteko ei Kelsenin mukaan ole täysin vapaata, vaan esimerkiksi lainsäädäntötoiminta on ylemmän normin eli materiaalsen perustuslain määrittämää.

Kelsen erotteli teoksessaan oikeusjärjestyksen käsitteen *staattisen* ja *dynaamisen* merkityksen. Edellä esitetty ketju *tuomioistuimen päätös* ← *asetus* ← *laki* ← *perustuslaki* ← *hypoteettinen perusnormi* kuvaa oikeusjärjestyksen staattista rakennetta eli edellytyksiä, joilla sanktioita voidaan yhteiskunnassa asettaa.²¹⁷ Siinä kysymys, miksi tuomioistuimen päätös on pätevä, saa vastauksensa viittaamalla asetukseen, sen perustana olevaan lakiin ja lain perustana olevaan perustuslakiin. Perustuslain pätevyys puolestaan perustuu hypoteettiseen perusnormiin, jonka olettaminen on Kelsenin teorian mukaan välttämätöntä sen vuoksi, että normin on aina perustuttava toiseen normiin, eikä normeja siten voida johtaa faktoista. Dynaamisessa merkityksessä oikeusjärjestyksen *Stufenbauhun* liittyy aika-akseli. Edellä esitettyä pätevyysketjun mallia voidaan muuttaa niin, että siinä mainittu perustuslaki ei ole ensimmäinen. Tuolloin sen antamisen perustana ei ole suoraan perusnormi vaan edeltävä perustuslaki, jos perustuslaki on syntynyt edellisen perustuslain mukaisesti.

Tällä tavalla voidaan edetä ajallisesti taaksepäin, kunnes päästään historiallisesti ensimmäiseen perustuslakiin, jonka pätevyysperusteena perusnormi on. Historiallisesti ensimmäinen perustuslaki on vanhin sellainen perustuslaki, johon johtaa konstitutionaalisesti moitteeton pätevyysketju. Mikäli perustuslaki säädetään vanhemman perustuslain vastaisesti, tapahtuu oikeudellisessa merkityksessä vallankumous ja oikeusjärjestys ja sen perusnormi vaihtuvat, mikäli uusi perustuslaki ja sen varassa oleva oikeusjärjestys on suurin piirtein tehokas.²¹⁸

tuomioistuimen päätös ← asetus ← laki ← voimassa oleva perustuslaki ← ... ← historiallisesti ensimmäinen perustuslaki ← hypoteettinen perusnormi

²¹⁵ Ks. tästä Bindreiter s. 142–146.

²¹⁶ Van Hoecke (2002 s. 106) katsoo virheellisesti, että Kelsenin lähestymistapa olettaisi suljetun ja ristiriidattoman oikeusjärjestyksen, joka on lainsäätäjän luoma ja jota tuomarit mekaanisesti soveltavat.

²¹⁷ Kelsenillä oikeusnormit sääntelevät aina välittömästi tai välillisesti viranomaisten toimintaa näiden käyttäessä legitiimiä pakkoa yhteiskunnassa eli asettaessa sanktioita. Kysymys on siten Makkosen käyttämässä merkityksessä aina reaktionormeista. Ks. Makkonen s. 41.

²¹⁸ Finnisin vuonna 1970 esittämä kritiikki Kelsenin oikeudellista vallankumouskäsitystä ja siihen liittyvää ensimmäisen historiallisen konstituution konstitutiivista merkitystä vastaan on nähdäkseni konklusiivinen. Ks. tästä esitystä jäljempänä jaksossa 6.2.1.

Kelsenin perusnormiteoria perustuu hänen uuskantilaiseen filosofiseen taustaansa, erityisesti hänen pitämisen ja olemisen välille tekemäänsä jyrkkään kategoriaeroon. Perusnormin käsitteellä on myös yhteys Kelsenin tietoteoreettisesti ja mahdollisesti myös poliittisesti motivoituun oikeustieteen puhtauden²¹⁹ vaatimukseen.

Perusnormilla on Kelsenin ajattelussa kolme erilaista tehtävää. Perusnormi toimii oikeusjärjestyksen yhtenäisyyden ja identiteetin selityksenä, koska oikeusjärjestyksen muodostavat normit, joiden pätevyysketjuissa on yhteinen jäsen, so. perusnormi. Toiseksi perusnormi on – pätevöittäessään historiallisesti ensimmäisen konstituution – oikeusjärjestykseen kuuluvien oikeusnormien pätevyyden perusteena, kun pätevyys ymmärretään normin kuulumiseksi oikeusjärjestykseen eli jonkinlaiseksi jäsenyydeksi. Perusnormin kolmas funktio on normatiivisuuden tuominen oikeusjärjestykseen; oikeudellinen pitäminen välittyy oikeusjärjestykseen ja sen jokaiseen normiin perusnormin kautta. Oikeusnormit ovat velvoittavia, ja tämä velvoittavuus perustuu perusnormiin.²²⁰

Kelsenin perusnormikonstruktiosta, sekä sen ansioista että heikkouksista, on kirjoitettu hyllymetreittäin. Edellä olevassa lyhyessä esityksessä sivuutetaan se seikka, että Kelsenin ajattelussa perusnormin asema vaihteli oikeustieteen transsendentaalis-loogisen taustaoletuksen ja oikeusjärjestyksen *Stufenbaun* huipulla olevan hypoteettisen normin välillä, kunnes hän lopujen lopuksi päätyi pitämään perusnormia aidosti fiktiivisenä, *Vaihingerin als-ob*-filosofian mukaisena fiktiona. Kelsenin ajattelun kehitykselle on myös tunnusomaista se, että hän tuli yhä haluttomammaksi kuvaamaan perusnormin sisältöä. Kelsenin unionioikeudellisiin kysymyksiin soveltavassa kirjallisuudessa näkyy käytettävän jonkinlaista ”vakioitua” Kelsenin, jonka ajattelun sisällön katsotaan löytyvän tämän teoksesta *General Theory of Law and State* sekä *Reine Rechtslehren* toisesta, 1960-luvulla ilmestyneestä versiosta.²²¹

Tämän tutkimuksen kannalta perusnormi paikallistaa keskeisen teoreettisen ongelman; miten EU-oikeus voi olla voimassa ja pätevää oikeutta. Tämä kysymys voidaan asettaa sekä EU-oikeuden itsensä että jäsenvaltioiden kansallisten oikeusjärjestysten kannalta.

Edellä on viitattu *H.L.A.Hartin* käsitykseen säännöistä käyttäytymisstandardeina, joihin liittyy sisäisesti kriittis-reflektiivinen velvoittavaksi kokeminen (*sisäinen näkökulma*) ja ulkoisesti sosiaalisilla sanktioilla yllä pidetty noudattamispaine, ja yhdytty Harrisin käsitykseen siitä, että oikeusnormeja ei voida ymmärtää tällaisen pohjimmitaan sosiologisen käsitteenmuodotuksen avulla. Hartin sääntökäsite ei esimerkiksi selitä sellaisten oikeusnormien olemassaoloa,

²¹⁹ Kelsenin esittämä puhtauden, siis arvovapaan ja metodisesta synkretismistä vapaan oikeustieteen vaatimus koski oikeustiedettä, eikä, niin kuin joskus oletetaan, oikeutta tai oikeusjärjestystä. Eri asia on se, että Kelsen edusti metaeettistä nonkognitivismia eikä nähnyt mahdolliseksi muuta objektivoitua pitämistä kuin oikeudellisen *Sollenin*. Oikeuden sisältö ei hänelle kuitenkaan ole puhdas, vaan oikeustieteelle ulkopuolisen tahtomisen (politiikan) tulosta; sen esittäminen oikeusnormien ristiriidattomana järjestyksenä oli hänen mielestään sen sijaan mahdollista arvovapaasti.

²²⁰ Ks. Raz 1980 s. 100–109 ja Delacroix s. 72.

²²¹ Kelsenin perusnormiteorian kehityksestä ks. esim. Bindreiter s. 76–85 ja Delacroix s. 53–60. Alkuperäislähteistä ks. Kelsen GLS s. 110–119 ja Kelsen RR s. 196–227.

joihin ei liity tällaista velvoittavuuden kokemusta eikä sosiaalisia sanktioita, vaikka ne oikeusjärjestyksen tunnistamissäännön mukaan kuuluvat siihen. Edellä on myös todettu, että Hartilla on käytössä hänen em. peruskantansa vastainen kelseniläinen puhtaan normin käsite, jossa oikeusnormi samaistuu pitämistä tai voimista koskevaan normatiiviseen merkityssisältöön. Hartin omaksuman säännön käsitteen ongelmallisuudesta huolimatta hänen oikeusjärjestyksen luonnetta koskeva teorian on muodostunut paradigmaattiseksi ja sen käsittely on välttämättömän keskusteltaessa oikeusjärjestyksen eurooppalaistumisesta.

Hartin teoria oikeusjärjestyksestä edusti hänen oman käsityksensä mukaan deskriptiivistä sosiologiaa. Hänen tarkastelunsa pyrkimyksenä oli 1950-luvun ”tavallisen kielen filosofian” aatemaailmaa heijastellen selittää tai tehdä ymmärrettäväksi, miten normatiivinen kielenkäyttö toimii ja miten sellaiset käsitteet kuin oikeussääntö ja oikeusjärjestys saavat merkityksensä käyttöyhteyksissään. Samalla hän pyrki selittämään oikeusjärjestyksen mielekkyyttä siinä merkityksessä, että miksi hänen kuvaamansa oikeusjärjestys sosiaalisen hallinnan tekniikkana on osoittautunut toimivaksi ja menestykselliseksi.

Hartin teorian pohjana on sen selvittäminen, miten sääntö eroaa käsitteellisesti tavasta, miten samalla tavalla samoissa tilanteissa toimivista henkilöistä voidaan tietää, onko kysymys säännönmukaisuudesta jossakin empiiris-deskriptiivisessä merkityksessä vai säännöstä jossakin normatiivisessä merkityksessä. Avain tämän asian ymmärtämiseen on Hartin mukaan ero *sisäisen* ja *ulkoisen* näkökulman välillä.

Sisäisestä näkökulmasta sääntö ilmenee standardina, jonka pohjalta arvioidaan omaa ja muiden käyttäytymistä, siis perusteena käyttäytymiselle sekä säännöstä poikkeaville asetettaville sanktioille kuten sosiaaliselle paheksunnalle. Tiettyä sosiaalista ryhmää ulkoisesta näkökulmasta tarkkailevalle säännön olemassaolo voi jäädä kokonaan havaitsematta, jos hän ei miellä ryhmän jäsenten sisäistä näkökulmaa. Hän ei myöskään voi tuolloin ymmärtää sitä, miten säännöt vaikuttavat ryhmän jäsenten enemmistön toimintaan eikä sellaisten käytäntöjen kuin arvostelun, pyyntöjen, rankaisemisen tai paheksumisen merkitystä. Hän ei tavoita yhteiskunnan normatiivista ulottuvuutta.²²²

Sisäinen näkökulma on avain velvoittavan säännön tai normin (*rule of obligation*) ymmärtämiselle. Yksinkertaisessa yhteisössä voivat käyttäytymistä ohjaavat sosiaaliset säännöt muodostua yksinomaan velvollisuusnormeista. Tällaisella esioikeudellisella sosiaalisella kontrollilla on kuitenkin ongelmansa – epävarmuus sekä sääntöjen staattisuus ja tehottomuus – mikä selittää Hartin mielestä oikeusjärjestyksen kehittymistä. Niiden poistamiseksi on tarpeen omaksua sääntöjä, joiden avulla sitovat säännöt voidaan tunnistaa ja joiden avulla niitä voi-

²²² Ks. Hart s. 88–91.

daan muuttaa ja panna täytäntöön. Tarvitaan siis toisen asteen sääntöjä, joiden kohteena ovat velvollisuusnormit.²²³

Hartin mukaan oikeusjärjestys on primäärisääntöjen ja sekundäärisääntöjen institutionalisoitu yhdistelmä. Primäärisäännöt sääntelevät käyttäytymistä määrittäen subjektien oikeuksia, velvollisuuksia ja toimivaltoja. Sekundäärisäännöt sääntelevät primäärisääntöjen soveltamista (*rules of adjudication*), niiden muuttamista (*rules of change*) ja tunnistamista (*rule of recognition*). Oikeusjärjestyksen identiteetin kannalta keskeisessä asemassa on *rule of recognition*. Se on oikeusjärjestyksessä *olemassa* (*exist*) sosiaalisena normina, joka kuitenkin osoittaa sisäisestä näkökulmasta juridiikkaa harjoittaville voimassa olevan oikeuden kriteerit.

Hartin mukaan oikeusjärjestys on olemassa tietyssä sosiaalisessa yhteisössä, jos on olemassa primäärisääntöjen (velvollisuusnormit) ja sekundäärisääntöjen (muuttamissäännöt, lainkäyttösäännöt ja tunnistamissääntö) ykseys niin, että yhteisön viranomaiset (*officials*), ennen kaikkea tuomioistuimet, yleensä pitävät sekundäärisääntöjä virallisen toiminnan kriittistä arvioimista koskevinä yhteisinä ja julkisina standardeina ja että tunnistamissääntöjen osoittamia sääntöjä yleisesti noudatetaan. Hart edellyttää monimutkaisessa yhteiskunnassa sitä, että viranomaisten näkökulma sekundäärisääntöihin ja niiden kautta myös primäärisääntöihin on sisäinen; niiden liittyy kriittis-reflektiivinen asenne, joka ilmenee tapauksen mukaan esimerkiksi omakohtaisen velvoittavuuden kokemisena tai toisten arvostelemisena tai paheksumisena. Kansalaisten näkökulman oikeussääntöihin ei tarvitse olla sisäinen, mutta yleensä voidaan olettaa, että suurin osa kansalaisista pitää oikeussääntöjä auktoritatiivisina käyttäytymisstandardeina.²²⁴

Tunnistamissäännön ja sen määrittämän oikeusjärjestyksen olemassaolo on Hartin mukaan *sosiaalinen fakta*, ei normatiivinen oletus. Tunnistamissäännön osoittamat pätevyysperusteet (*criteria of validity*) täyttävä yksittäinen oikeusnormi voi olla voimassa (*valid*), vaikka sitä ei noudatettaisikaan, mutta tunnistamissääntö on olemassa vain monimutkaisena, mutta yleensä yhdenmukaisena tuomioistuinten, viranomaisten ja yksityisten käytäntönä, joka koskee oikeussääntöjen identifioimisen yhteydessä huomioon otettavia perusteita. Tunnistamissääntö on siten olemassa, ei voimassa, ja sen olemassaolo on sisäisenä näkökulmana ilmenevää tehokasta hyväksymistä (*acceptance*) viranomaisten taholla.²²⁵

Hartin *rule of recognition* voidaan kääntää tunnistamissäännöksi tai tunnustamissäännöksi. Edellinen käänнос viittaa käsitteen *epistemic* konnotaatioon; *rule of recognition* tarjoaa kriteerit, joiden avulla on mahdollista tunnistaa oikeusnormi erotuksena käyttäytymisen ulkoisesta säännönmukaisuudesta (*habit*) tai erilaisista sosiaalisista ja moraalisisista normeista. Jälkimmäinen *normatiivinen* tulkinta viittaa *rule of recognitioniin* oikeusnormien pätevyyden

²²³ Ks. Hart s. 91–99. Delacroix arvostelee Hartin kuvausta oikeuden ”kurinpidollisen” aspektin ylikorostamisesta ja oikeuden mahdollistamien moraalisten pyrkimysten toteuttamisen aliarvioimisesta. Ks. Delacroix s.142.

²²⁴ Ks. Hart s. 110–117.

²²⁵ Ks. Hart s. 100–110. Tunnistamissäännön luonteesta ks. myös Siltala s. 676–78, 680–682.

perusteena, jolloin se lähenee funktioiltaan Kelsenin perusnormia. Soveltamalla *rule of recognitionia* oikeusyhteisöön kuuluva paitsi tunnistaa oikeusnormin myös tunnustaa sen velvoittavan luonteen, siis voimassaolon.²²⁶ Tässä tutkimuksessa käytetään *rule of recognitionin* suomenkielisenä vastineena *tunnistamissääntöä*, joka vastine lienee uskollisempi Hartin omille intentioille kuin tunnustamissääntö.

Hartin *tunnistamissääntö* kuuluu nykyaikaisen analyttisen oikeuspositivismin standardikäsitteistöön. Se olemassaolo oikeusjärjestyksiin kuuluvana tai liittyvänä abstraktina tai teoreettisena entiteettinä vaikuttaa jossakin mielessä institutionaaliselta faktalta anglosaksisessa oikeusfilosofisessa keskustelussa. Tunnistamissääntö on kuitenkin, jos mahdollista, käsitteellisesti vieläkin epäselvempi kuin Kelsenin perusnormi. Onko se sosiaalinen normi vai oikeusjärjestykseen kuuluva normi? Voidaanko se positivoida? Tunnistetaanko sen avulla oikeusnormeja vai oikeuslähteitä? Onko oikeusjärjestyksessä yksi vai useampia tunnistamissääntöjä? Näihin kysymyksiin vastaaminen olisi haastava erillinen tutkimustehtävänsä, johon ryhtyminen räjäyttäisi tämän tutkimuksen rajat. Oikeusjärjestyksen eurooppalaistumisen oikeusteoreettisessa tutkimuksessa ei voida välttää käsitteen *rule of recognition* tarkastelua.

Kelsenin perusnormin ja Hartin tunnistamissäännön välinen ero tulkitaan yleensä Sylvie Delacroix'n tavoin niin, että Kelsenille perusnormin tehtävänä on tehdä ymmärrettäväksi oikeusjärjestykseen kuuluvien oikeusnormien normatiivisuus, siis niiden sitova luonne. Hartille tunnistamissääntö on väline, jonka avulla oikeusjärjestykseen kuuluvat oikeusnormit identifioidaan. Se osoittaa oikeusnormien pätevyyden kriteerit. Kummallakin teoreetikolla kysymys on kuitenkin oikeusjärjestyksen äärimmäisistä²²⁷ normeista (*ultimate rule*, jäljempänä *äärinormi*)²²⁸, joihin pätevyysketjut tai pätevyysperusteiden ketjut päättyvät. Lisäksi myös Kelsenillä perusnormi on oikeustieteelle välttämätön juridis-looginen oletus, siis tehtävältään epistemologinen tai metodologinen eikä ontologinen sitoumus. Äärinormien rajaaman normatiivisen kentän ulkopuolella ei voida esittää kysymyksessä olevan oikeusjärjestyksen kannalta mielekkäitä kysymyksiä.²²⁹

Myös Dick W.P. Ruiter tulkitsee normien pätevyysketjut normatiivisten kielitekojen oikeuttamista koskeviksi rakenteiksi. Hän päätyy analyysissään lopputulokseen, jonka mukaan Kelsenin perusnormi ja Hartin tunnistamissääntö ovat niille annetuista erilaisista ontologisista

²²⁶ Keskustelusta, joka koskee tunnistamissäännön luonnetta oikeuden käsitteen osoittavana sitovana kvalifikationormina, oikeuden voimassaolon käsitteellisten kriteerien ei-normatiivisena eksplikaationa ja viranomaisia koskevana velvollisuusnormina, ks. Bindreiter s. 47–68. Bindreiter selostaa myös Ruotsissa käytyä debattia siitä, olisiko *rule of recognitionin* käännösvastine *igenkänningsregel* vai *erkännanderegeln*. Ensiksi mainittu korostaa käsitteen kognitiivista, jälkimmäinen normatiivista aspektia. Ks. Bindreiter s. 50, viite 17, ja s. 51, viite 20.

²²⁷ Oma eri teoreetikkoja askarruttanut ongelmansa on se, ovatko ne äärimmäisiä merkityksessä viimeisinä oikeusjärjestyksen sisällä vai merkityksessä heti oikeusjärjestyksen rajan toisella puolella, siis toisin sanoen, ovatko ne oikeusjärjestykseen kuuluvia normeja vai jotakin muuta.

²²⁸ Käytän jäljempänä käsitettä *äärinormi* kuvaamaan ajatusta oikeusjärjestyksen rajan jommallakummalla puolella olevasta äärimmäisestä normista (*ultimate rule*) oikeusjärjestyksen voimassaoloa epistemologisesti tai normatiivisesti selittävänä tai luonnehtivana teoreettisena konstruktiona.

²²⁹ Ks. Delacroix s. 72–73.

luonnehdinnoista huolimatta funktionaalisesti yhteneviä.²³⁰ Hänen mukaansa kumpikin vastaa samaan peruskysymykseen. Oikeusjärjestyksen käsite edellyttää käsitystä sen muodollisesta rakenteesta, mutta kysymys oikeusjärjestyksen muodollisen rakenteen statuksesta koskee pohjimmiltaan sanotun oikeusjärjestyksen statusta itseään.

Tällöin Kelsenin perusnormiteoria supistuu käsitykseen, jonka mukaan tietyn oikeusjärjestyksen identifioinnin välttämätön edellytys on sen olettaminen päteväksi (*valid*). Tämän oletus puolestaan edellyttää sitä, että oikeusjärjestys on suurin piirtein tehokas. Pätevien oikeusnormien johtaminen oikeusjärjestyksestä edellyttää siten sen olettamista päteväksi, mutta tämä oletus on hylättävä, jos oikeusjärjestyksestä johdetut normit ovat yleensä tehottomia. Vastaa- vasti Hartilla oikeusjärjestys on olemassa (*exist*) vain, jos siitä johdetaan sisäisiä normatiivisia johtopäätöksiä (*statements*), mutta toisaalta tällaiset johtopäätökset voivat olla päteviä vain, jos oikeusjärjestys oletetaan olemassa olevaksi. Tämä puolestaan ei ole mahdollista, jos oikeusjärjestyksestä johdettu oikeus on yleensä tehotonta. Näin ollen teoreetikkojen välinen ero olisi lähinnä kielellinen. Ruiter toteaa, että ”Kelsen and Hart actually characterize the status legal systems in a very similar way. However, each rejects the *name* proposed by his opponent. Kelsen’s ‘assumed validity’ is anathema to Hart, just as Hart’s ‘presupposed existence’ is to Kelsen. Nevertheless, the status they assign to legal systems is essentially the same: that of a presumed source of legal validity, provided that it is accepted as such in practice.”²³¹

*Joseph Raz*²³² erottelee tosistaan oikeusjärjestyksen ja momentaarisen oikeusjärjestyksen käsitteet. Momentaarinen oikeusjärjestys käsittää kaikki ne ”lait”, jotka ovat tietyssä oikeusjärjestyksessä voimassa tietyllä hetkellä. Momentaarinen oikeusjärjestys on oikeusjärjestyksen osajoukko ja tavallisesti suppeampi kuin oikeusjärjestys. Raz havainnollistaa tätä Englannin oikeusjärjestykseen kuuluvilla laeilla, joista ensimmäinen on annettu vuonna 1906 ja kumottu vuonna 1927 ja toinen annettu vuonna 1948. Lait kuuluvat samaan oikeusjärjestykseen, mutta ei ole yhtään momentaarista oikeusjärjestystä, johon molemmat olisivat kuuluneet.

J.W.Harris antaa momentaarisen ja ei-momentaarisen – tai kuten hän kutsuu – historiallisen oikeusjärjestyksen erolle keskeisen merkityksen oikeusteoriassaan. Momentaarinen oikeusjärjestys käsittää tietyllä alueella tietyn inhimillisen toiminnan suhteen tietyllä hetkellä olevat johdonmukaiset (*consistent*) oikeusnormit, jotka osoittavat, mikä on oikeudellisesti käskettyä, kiellettyä tai sallittua. Juridiikan – tai kuten Harris sanoo – oikeustieteen (*legal science*) harjoittaminen edellyttää tällaisen momentaarisen oikeusjärjestyksen olettamista.²³³

²³⁰ Ks. Ruiter 1993 s. 17–19. Lisättäköön tähän tosin se, että Ruiterin mielestä Kelsenin teoria perustuu Kelsenin itsensä tunnustamalla tavalla fiktion, kun taas Hartin tunnistamissääntö ilmentää kehäpäätelmää. (Hartille oikeusjärjestyksen sisältö on pätevä, jos oikeusjärjestys on siinä merkityksessä tehokas, että sen sisältö hyväksytään päteväksi.)

²³¹ Ks. Ruiter 1993 s. 19.

²³² Ks. Raz 1980 s. 34–35. Suviranta (s. 40–41) puhuu Raziin tukeutuen hetkellisestä oikeusjärjestyksestä, joka staattisena järjestyksenä muodostuu pelkästään oikeusnormeista.

²³³ Ks. Harris s. 113–14.

Juridiikka konstruoi Harrisin mukaan momentaarisen oikeusjärjestyksen soveltamalla oikeuslähteisiin oikeustieteen loogisia periaatteita, joita ovat eksluusio, subsumptio, derogaatio ja ristiriidattomuus (*non-contradiction*). Näiden periaatteiden soveltaminen on mahdollista, koska juridiikassa käytetään oikeusnormin kelseniläistä (puhdas normi) tulkintaa ja siihen liittyvää kahta oikeusnormin voimassaolon kriteeriä. Nämä kaksi juridiikan harjoittamiselle relevanttia oikeusnormin voimassaolon kriteeriä ovat:

V1: normi on ylemmän normin mukainen;

V2: on (muutoin) johdonmukainen osa oikeuden normatiivista merkityskenttää (*legal normative field of meaning*).²³⁴

Kutsun näitä voimassaolon kriteerejä jäljempänä *systeemivoimassaoloksi*.

Oikeusjärjestykseen²³⁵ kuuluvat perustuslaillisten lähenormien (*source rules*) lisäksi sanan varsinaisessa merkityksessä vain edellä mainitulla tavalla voimassa olevat eli positiiviset oikeusnormit; momentaarinen oikeusjärjestys normatiivisena merkityskenttänä käsittää kuitenkin myös derivatiiviset, ekstrasysteemiset, provisionaaliset ja yleistetyt oikeusnormit, joskin nämä yleensä ymmärretään pikemminkin positiivisten normien sovellutuksina (*application*) kuin sellaisina itsenään.

Derivatiivinen normi on praktinen päätelmä tilanteessa, jota ei suoraan säännellä positiivisella oikeusnormilla, esimerkiksi yksittäistä rakennuspaikkaa koskevan rakennuskiellon päättely rakennusluvan edellytyksiä koskevista yleisistä normeista. *Ekstrasysteeminen* normi on oikeusjärjestyksen kokonaisuudesta johdettu päätelmä. Ekstrasysteeminen normi on Suomessa esimerkiksi se, että tasavallan presidentti voidaan virkakauden aikana panna syytteeseen mistä tahansa rikoksesta, jota ei ole tehty virkatoimessa, kun perustuslain 113 § rajoittaa presidentin rikosoikeudellisen vastuun virkatoimistaan tiettyihin tekoihin, ja yleisesti kaikki yli 15-vuotiaat ovat rikosoikeudellisessa vastuussa. *Provisionaalisia* oikeusnormeja ovat ne, joiden merkitysisältöä ei voida yksiselitteisesti johtaa oikeuslähteestä. Esimerkiksi tapa ja ennakkopäätökset antavat juridiikalle usein edellytyksen esittää vain enemmän tai vähemmän tarkkoja arvioita ilmaisemansa oikeusnormin sisällöstä. *Yleistetyt* oikeusnormit ovat johonkin rationaalisuuskäsitykseen perustuvia yleistyksiä useista muista normeista.

²³⁴ Ks. Harris s. 107. Harrisin mielestä oikeusnormin voimassaolo tulkittuna normin tehokkuudeksi, moraaliseksi ansiokkuudeksi tai kuulumiseksi transsendentaaliseen normatiiviseen todellisuuteen ei sen sijaan mahdollista juridiikan harjoittamista.

²³⁵ Alla oleva esitys on yksinkertaistettu Harrisin s. 84–92, 107–120 pohjalta.

Harrsin käsityksen taustalla on hänen muotoilemansa *juridiikan perusoletus* (*the basic legal science fiat*)²³⁶, jolla on sama tietoteoreettinen funktio kuin Kelsenin perusnormilla. Harris antaa tälle perusoletukselle seuraavan muotoilun:

“Legal duties exist only if imposed (and not expected) by rules originating in the following sources or rules subsumable under such rules. Provided that any contradiction between rules originating in different sources shall be resolved according to the following ranking amongst the sources ... and provided that no other contradiction shall be admitted to exist.”²³⁷

Perusoletuksen implikoimien juridiikan loogisten periaatteiden avulla voidaan siis konstruoida momentaarinen oikeusjärjestys eli tietyllä hetkellä, tietyllä alueella ja tietyn asian suhteen voimassa oleva oikeudellinen normatiivinen merkityskenttä, jonka elementtejä ovat edellä kuvatut normit ja niiden sovellutukset. Harris toteaa osuvasti, että oikeusnormit eivät kuulu oikeusjärjestykseen samalla tavalla kuin jäsenet klubiin vaan niin kuin viipaleet kakkuun, ja viipaleiden kerroksellisuus heijastaa oikeusnormien suhteita niiden perustana oleviin oikeuslähteisiin subsumptioperiaatteen mukaisesti. Juridiikka hakee ja antaa siten tietoa oikeusjärjestyksestä kulloisenkin tiedontarpeen edellyttämällä tavalla, milloin leveämpinä, milloin kaapeampina siivuina. Oikeusjärjestyksellä ei tässä suhteessa ole määrättyä rakennetta, vaan kysymyksessä on *normatiivisen merkityksen kenttä*, ei kokoelma ennalta rakentuneita palasia.²³⁸

Ei-momentaariset eli historialliset oikeusjärjestykset muodostuvat Harrisin mukaan säännöistä, politiikoista, periaatteista ja maksimeista, jotka ovat olemassa yhden tai useamman oikeudellisen yhteisön tradition osina. Ei-momentaarisen oikeusjärjestyksen osien tehtävänä on ohjata ja oikeuttaa (justifioida) viranomaisten päätöksiä. Ne ilmaisevat oikeudellisia doktriineja, joita ei ole systematisoitu ja jotka eivät muodosta ristiriidatonta kokonaisuutta. Ei-momentaarisen oikeusjärjestyksen elementit voivat Harrisin mielestä olla voimassa vain siinä merkityksessä, että ne ovat tehokkaita taikka moraalisesti tai poliittisesti perusteltuja.²³⁹

²³⁶ Harrisin käyttämää latinalaisperäistä termiä *fiat* on vaikea kääntää suoraan. Sananmukaisesti kysymyksessä on verbin *fieri* subjunktiivin preesensin kolmas persoona, eli ”olkoon” tai ”tulkoon”, jota on tunnettu sellaisista lauseissa kuin *fiat lux* (”tulkoon valkeus”) tai *fiat justitia, pereat mundus* (”toteutukoon oikeus, vaikka maailma tuhoutuisi”) tai *fiat justitia ruat caelum* (”toteutukoon oikeus, vaikka taivas putoaisi”). Substantiivin *fiat* ilmaisee käsitteelliseen merkityskenttään sisältyviä ulottuvuuksia ovat uutta luova tahdonakti, määrittely, oikeudellisesti sitova, auktoritatiivinen tai mielivaltainen käsky taikka mahtikäsky tai määräys. Paremman vaihtoehdon puuttuessa käytän jatkossa käsitteen ”basic legal science fiat” suomenkielisenä vastineena ”juridiikan perusoletus”.

²³⁷ Harris s. 70.

²³⁸ Ks. Harris s. 84, 101–102. Harris tekee teoriassaan oletuksen, jonka mukaan momentaariset oikeusjärjestykset ovat aina kuvattavissa velvollisuuksia tai niistä tehtäviä poikkeuksia koskevinä propositiona. Kannan ottaminen tällaisen reduktionismin perusteltavuuteen ei ole tarpeen tässä tutkimuksessa. Sen sijaan pidän perusteltuna Harrisin kantaa siitä, että momentaarinen oikeusjärjestyksenä on oletuksen mukaan ristiriidaton, muutoin se ei kykenisi täyttämään tehtäviään sen osoittajana, mikä on normatiivisesti mahdollista. Raz (s. 225) on sinänsä oikeassa siinä, että oikeusjärjestyksissä on oikeuslähteiden valossa paljon ristiriitoja tai normikonflikteja, mutta juridiikan perusoletukseen kuuluvat loogiset periaatteet ovat juuri keino niiden poistamiseksi oikeusjärjestyksestä juridiikan konstruoina.

²³⁹ Ks. Harris s. 120–122. Pohjoismaista käsitteistöä käyttäen momentaarisen oikeusjärjestyksen elementit ovat siis systeemivalideja, mutta ei-momentaarisen oikeusjärjestyksen elementit tehokkaista tai hyväksyttäviä. Harris toteaa ei-momentaariseen oikeusjärjestykseen kuuluvien periaatteiden, politiikkojen ym. tehokkuuden olevan

5.5. Oikeuden muista elementeistä

Oikeuteen kuuluu myös elementtejä, jotka eivät ole oikeusnormeja. Eri tutkijat ovat antaneet näille elementeille erilaisia nimityksiä tai luonnehdintoja. Esimerkiksi *Harrisin* erottelu momentaarisen ja ei-momentaarisen (historiallisen) oikeusjärjestyksen välillä vastaa suurin piirtein eroa oikeusjärjestyksen ja oikeusjärjestelmän välillä siten kuin se on esitetty *Otto Brusinin* ja *Lars Björnen* tuotannossa.²⁴⁰ Nähdäkseni *Kaarlo Tuorin* oikeuden pintatason propositionaalinen (vastakohtana toiminnalliselle) ulottuvuus muistuttaa *Harrisin* momentaarista oikeusjärjestystä ja oikeuden syvärakenne historiallista oikeusjärjestystä.

Oikeusteoreetikot ovat esittäneet erilaisia käsityksiä siitä, mitä muita elementtejä kuin oikeusnormeja sisältyy oikeuteen. Karkealla tasolla nämä elementit näyttävät jakautuvan kielellisiin representaatioihin tai niiden osiin (termit, lauseet, tekstit), propositionaaliin sisältöihin (käsitteet, oikeusperiaatteet, politiikat, arvot, institutionaaliset faktat) ja toimintaan (instituutiot, käyttäytyminen, kommunikaatio). Käsitykset elementtien suhteista ja oikeuden rakentumisesta ovat samaten moninaisia.

Oikeuden tai oikeusjärjestyksen rakennetta koskevat teoriat ilmaistaan usein käyttäen spatiaalisia tai vastaavia metaforia kuten normipyramidi²⁴¹, käsipyrämidi, normatiivinen pinta, syvärakenne, verkko ja niin edelleen. Tällaiset metaforat eivät ole retorisesti neutraaleja; esimerkiksi *Tuorin* käsite oikeuden syvärakenne antaa varmaankin positiivisemmän mielikuvan kuin *von Jheringin* suurin piirtein samaa tarkoittava pejoratiivinen oikeudellinen käsitetaivas (*Begriffshimmel*).²⁴² Ne voivat myös luoda harhaanjohtavia miellelyhtymiä. Esimerkiksi *Kelsenin* teoriassa oikeusjärjestyksen hierarkkisuuden (*Stufenbau*) kuvaamiseen käytetään käsitettä normipyramidi. Tämä metafora voi *Razin* mielestä luoda virheellisiä käsityksiä kuten, että sama normi ei voisi toimia sekä yleisten että individuaalisten normien pätevyysperusteena. Muita virheellisiä implikaatioita ovat se, että sama viranomainen ei voisi olla sekä konstitutionaalisten että tavallisten lakien antajana tai että kaikkien oikeusjärjestysten normipyramideissa on sama määrä kerroksia.²⁴³

olettavasti sidoksissa niiden moraaliseen hyväksyttävyyteen, vaikkakaan minkään historiallisen oikeusjärjestyksen ei voida olettaa olevan jonkin yleispätevyyttä vaativan kriittisen moraalijärjestyksen sisältämien periaatteiden mukainen. Ks. Harris s. 126.

²⁴⁰ Brusinin (s. 37) mukaan oikeusjärjestys viittaa vakiintuneisiin valtasuhteisiin, oikeusjärjestelmä teoreettiseen ajatteluun, jonka kohteena on oikeus. Björnen (s. 2) mukaan ”Rättsordningen är som normkomplex en del av samhällseliga verkligheten, medan begreppet rättssystem i sin tur hänför sig så att säga till ett rättsvetenskapligt tänkande på en annan nivå.”

²⁴¹ Dyzenhaus (s. 103) viittaa Cheryl Misakin toteamukseen, että perusnormi on omalaatuinen metafora sen vuoksi, että sen mukaan sama normi on sekä rakennelman huipulla että sen perustana.

²⁴² Sedimentoituva oikeusperiaate tuntuu vakuuttavammalta kuin ”ins Blaue hinein” leijaileva oikeuskäsite.

²⁴³ Raz 1980 s. 99. Tämän vuoksi Raz itse illustroi oikeusnormien pätevyysketjuja (chain of validity) mieluummin puudiagrammeilla, joissa toimivallat ovat solmuja ja normit viivoja. Solmut yhdistävät normin ja sen pätevyysperusteena olevan normin. Mielestäni tähän asiayhteyteen liittyvä epäasiallinen retorinen metafora on käyttää ylempiasteisen normin (*higher norm*) käsitettä EU-oikeuden etusijaperiaatteen yhteydessä. (Ks. esim. Lenaerts – Corthaut s.509) Komission antaman teknisen direktiivin säännös on tuskin ”ylempi” normi suhteessa jä-

Oikeusjärjestyksen ja oikeuden muiden elementtien suhteet voidaan tulkita eri tavoin. Ne voidaan nähdä yhdeksi ja samaksi propositionaaliseksi ja/tai toiminnalliseksi järjestelmäksi. Esimerkiksi Dworkinin yleistämä näkemys kahdenlaisista säännöistä – varsinaisista säännöistä ja periaatteista – perustuu ajatukseen, että kysymys on samaan järjestykseen kuuluvista, mutta funktioltaan ja rakenteeltaan erilaisista normeista. Toisaalta on mahdollista nähdä oikeusjärjestys normijärjestyksenä ja oikeuskäsitteistä/oikeusperiaatteista muodostuva järjestelmän abstraktina representaationa, jolloin näiden kahden tason suhde olisi suurin piirtein samanlainen kuin havaintolauseiden ja teoreettisten lauseiden välinen suhde tieteenteoriassa. Tällöin kysymys on oikeusjärjestyksen yläpuolella olevasta abstraktista kategorioiden järjestelmästä. Systemiteoreettisesti asia voidaan nähdä myös ideaalisen järjestelmän ja sen objektijärjestelmän suhteena.²⁴⁴ Toisaalta spatiaalinen metafora voidaan Tuorin tavoin nähdä toisinpäin, jolloin abstrakti oikeuskäsitteiden ja oikeusperiaatteiden järjestelmä (syvärakenne) on oikeusjärjestyksen normien alapuolella/taustalla ja justifioi ja järjestää sitä.

Tämän tutkimuksen kannalta olennaisempaa kuin positiiviset käsitteelliset sitoumukset niiden oikeuden osien luonteesta, joissa ei ole kysymys oikeusjärjestyksestä normijärjestyksenä, on huomata Harrisin ei-momentaarista oikeusjärjestyksestä tekemät havainnot. Ensiksikin tällaisen järjestyksen rajat eivät samaistu alueeseen samalla tavalla kuin oikeusjärjestyksen. Historiallinen oikeusjärjestys, esimerkiksi *common law*, voi olla osittain yhteinen tai päällekkäinen useille oikeusyhteisöille. Toiseksi tällaista järjestelmää ei tarvitse olettaa ristiriidattomaksi, vaan esimerkiksi oikeusperiaatteet voivat ilmaista vastakohtaisia arvoja ja niin sanotusti johtaa eri suuntiin. Kolmanneksi sen elementtien voimassaolo ei ole systeemivoimassaoloa vaan tehokkuutta tai poliittis-moraalista hyväksyttävyyttä. Neljänneksi sen tehtävänä on justifioida juridiikkaa, siis muun muassa tulkintaa ja normikonfliktien ratkaisemista koskevia ratkaisuja, joiden avulla oikeuslähdemateriaalin pohjalta konstruoidaan oikeusjärjestys.

Jatkossa sovellan ajatuksellisenä kehyksenä seuraavasta nelikentästä ilmenevää käsitystä oikeudesta ja sen eri elementeistä:

senvaltion perustuslakiin, vaikka se voikin saada soveltamistilanteessa etusijan. Unionioikeuden ja kansallisen oikeuden erillisyydestä oikeusjärjestyksinä seuraa lisäksi se, että unionioikeuden normi ei voi olla kelseniläisessä merkityksessä ylempi suhteessa kansalliseen normiin (tai päinvastoin), koska voimassaolon kannalta unionioikeuden normi ei voi toimia kansallisen normin antamisen oikeusperustana.

²⁴⁴ Ks. Eckhoff–Sundby s. 21–23.

Oikeus

<u>konkreetti</u> merkitys oikeusjärjestys (momentaarinen oikeusjärjestys)	<i>toiminta</i> juridiikka (oikeuden normatiiviset käytännöt)
oikeusjärjestelmä (ei-momentaarinen /historiallinen oikeusjärjestys/oikeuden syvärakenne) <u>abstrakti</u>	oikeuskulttuuri

Ymmärrän siten oikeuden ilmiöksi, jonka ilmenemismuotoja voidaan kuvata kahdella akselilla:

- ensimmäinen ulottuvuus on propositionaalisesta praktiseen eli merkityksistä toimitaan;
- toinen ulottuvuus on konkreettisesta abstraktiin.

Nelikentän vasemmassa yläkulmassa on *oikeusjärjestys* momentaarisena ja konkreettisena oikeusnormien järjestyksenä. Nelikentän vasemmassa alakulmassa on oikeuden syvärakenne tai historiallinen oikeusjärjestys, siis oikeuden käsitteellisistä ja aksiologisista elementeistä muodostuva järjestelmä. Käytän tästä osiosta jatkossa nimitystä *oikeusjärjestelmä*, koska pidän sitä vähemmän teoreettisia sitoumuksia implikoivana kuin termivalintaa ”oikeuden syvärakenne”.

Nelikentän oikeassa yläkulmassa on *juridiikka* eli oikeusjärjestyksen konstruoimiseen tai eksplikointiin tähtäävä toiminta tai Tuorin käsitteistöllä oikeuden normatiiviset käytännöt. Niiden ensisijainen tiedonintressi liittyy nimenomaan vasempaan yläkulmaan, mutta akateemisella oikeustieteellä luonnollisesti myös vasempaan alakulmaan. Tänne sisältyy myös oikeusjärjestyksen yhteiskuntatieteellinen merkitys kompleksisena institutionaalisena rakenteena, jonka muodostavat tuomioistuimet, asianajaja- ja syyttäjälaitokset, vankeinhoito ja vastaavat käytännöt.²⁴⁵

Oikeassa alakulmassa on *oikeuskulttuuri* eli Tuorin kriittisen oikeuspositivismin käsitteistöllä lakimiesprofession sisältyvä hiljainen praktinen tieto. Tämä tieto voi kuitenkin muuttua diskursiiviseksi, jolloin se eksplikoidaan kentän vasemmassa alakulmassa esimerkiksi tulkintaperiaatteina, oikeuslähdeoppeina tai lainvalmistelun metodeina.

²⁴⁵ Ks. Harris s. 12–13.

5.6. Oikeuden representaatiot

Oikeuden nelikentän vasemmat sarakkeet ilmentävät oikeuden propositionaalista sisältöä. Tämä sisältö ei ole välittömästi annettua, vaan se välittyy kielellisten representaatioiden kautta. Kielelliset representaatiot – puhe, tekstit, symbolit – ilmaisevat merkityksiä. Tie juridikkasta, nelikentän oikeaan yläkulmaan kuuluvana normatiivisena käytäntönä, nelikentän vasempaan sarakkeeseen kulkee ketjuina, joissa representaatiot (R) ja niiden representoimat merkitykset (M) muodostavat loppumattomia ja eri tavoin haarautuvia ketjuja; merkitystä ei voida välittää representoimatta sitä jollakin tavalla. Epistemologisesti tämä tarkoittaa sitä, että meillä ei ole keinoja varmistua merkitysten samuudesta, vaikka kommunikaatio käytäntönä perustuukin oletukseen, että jonkinasteinen vastaavuus tarkoitettujen ja vastaanotettujen merkitysten välillä voi vallita. Esimerkiksi lainsäädäntö perustuu oletukseen, että lakiteksti itsessään välittää ainakin pääpiirteittäisesti olennaisesti samalla tavalla ymmärrettävissä olevaa informaatiota.

Juridiikka kuten muukin kommunikaatio on näin ollen jatkuvaa *representaatio–merkitys–representaatio* –ketjujen luomista. Oikeusteoriat, joiden mielenkiinto kohdistuu oikeuden kommunikatiivisiin tai toiminnallisiin aspekteihin ja niiden väliseen vuorovaikutukseen tai yhteyteen, esimerkiksi *Niklas Luhmannin* systeemiteoreettinen oikeusteoria, tarkastelevat tätä suhdetta yleensä jonkinlaisena koodaamisen ja dekoodaamisen dialektiikkana.²⁴⁶ Analyttiselle tarkastelulle ei sen sijaan ole merkitystä niinkään tällaisella toiminnallisella näkökulmalla kuin representaation ja merkityksen erottelulla itsellään. Tämä erottelu on avain esimerkiksi normia koskevien kielellisten ilmausten ja normin ajateltuna objektina välisen eron tai oikeuslähteiden tulkinnan käsitteen ymmärtämiseen.

Oikeustieteessä tunnettu representaation ja merkityksen eroon rakentuva erottelu on esimerkiksi normiformulaation ja normiproposition ero; normiformulaatio on lause, jonka merkitysisältönä on normia koskeva väite. Normiformulaation esittämisen (*presentation*) luonne kielellisellä ratkaisee puolestaan sen, onko kysymys normin sisällön antamisesta, kuvaamisesta vai soveltamisesta. Normiformulaatiot voivat olla täydellisiä, osittaisia tai päällekkäisiä eli ne voivat kuvata normin kokonaan tai vain tietyn osan siitä tai useita normeja. Juridiikan tehtävänä on representoida – tulkita ja systematisoida – normiformulaatioita teksteiksi niin, että toiminnan tuloksena syntyvä representaatio ilmaisee oikeusjärjestystä johdonmukaisena joukkona normipropositioita.

²⁴⁶ Sperberin ja Wilsonin relevanssiteoriassa pidetään virheellisenä oletuksena sitä, että kommunikaatio samaistuisi toistensa pelikuvat muodostavien koodaamisen ja dekoodaamisen yhteyteen. Heidän mielestään kommunikaatio on aktiivista päättelyä, jossa merkitys–representaatio–ketjuja säätelevät informaation relevanssia koskevat pragmaattiset periaatteet. Ks. Sperber–Wilson (passim.). Moreso ei hyväksy Sperberin ja Wilsonin näkemystä siitä, että relevanssin säilyttämiseksi arkiajattelu ei noudata kaikkia muodollisen logiikan päättelysääntöjä. Hänen mielestään ajattelumme eliminoi tiettyjen periaatteiden mukaisesti loogisten päättelyjemme irrelevantteja johtopäätöksiä. Ks. Moreso s. 32–44.

Normiformulaation esittämisen illokutionaarinen merkitys voi – muun ohella – olla assertatiivinen tai imperatiivinen. Assertatiivinen normiformulointi ilmaisee väitteen oikeusnormista. Imperatiivinen normiformulointi tarkoittaa sen sijaan oikeusnormin asettamista. Kommentaarin normiformuloinnit ovat assertatiivisia, lakitekstin imperatiivisia.

Imperatiivisia normiformulaatioita ilmaisevat representaatiot – lakitekstit, muut säädökset ja kansainväliset sopimukset – ovat oikeuslähteitä. Toisesta näkökulmasta ne ovat privilegioituja oikeuslähteitä. Tällainen representaatio ilmaisee sisältämiensä normiformulaatioiden merkitysten kautta oikeusnormeja tai niiden fragmentteja. Myös assertatiivisia normiformulaatioita sisältävät tekstit kuten tuomioistuinten ratkaisut, lakien esityöt ja oikeustieteelliset kirjoitukset, voivat olla oikeuslähteitä, mutta tuolloin kysymys on Harrisin käsitteistöä käyttäen derivatiivisista, ekstrasysteemisistä, provisionaalisista tai yleistetyistä oikeusnormeista.

Oikeuslähteen käsitteeseen sisältyy samanlainen episteemisen ja normatiivisen merkitysvaihtoehdon häilyvyys tai dualismi kuin Hartin tunnistamissääntöön. Tätä osoittavat jo historiallisen koulun ongelmat oikeuden synty lähteiden (*Entstehungsquellen des Rechts*) ja tietolähteiden (*Erkenntnisquellen des Rechts*) välisen suhteen määrittelemisessä.²⁴⁷

Tämän tutkimuksen kannalta olennaista on määritellä oikeuslähteet kielellisiksi representaatioiksi, teksteiksi, joista osa on *privilegioituja* eli välittömästi normeja ilmaisevia, osa välillisiä oikeuslähteitä eli välillisesti oikeusnormeja ilmaisevia. Privilegoidun ja *auktoritatiivisen* oikeuslähteen suhde ymmärretään seuraavassa niin, että privilegoidut oikeuslähteet ovat auktoritatiivisten oikeuslähteiden osajoukko, koska auktoritatiiviset oikeuslähteet voivat olla myös oikeusnormeja vain välillisesti ilmaisevia. Viimeksi mainituista ovat esimerkkeinä tuomioistuinten päätökset ja lainsäädännön esityöt. Ei-auktoritatiivisia oikeuslähteitä ovat representaatiot, jotka eivät synny oikeusjärjestyksen sääntelemässä organikäytännössä. Tärkein esimerkki tästä on tietysti oikeustiede.²⁴⁸

Oikeuslähteet eivät ole sitovia tai sitomattomia, vaan viimeksi mainittu on oikeusnormien eikä oikeuslähteiden ominaisuus. Se, syntyykö pelkästään ei-privilegioituihin oikeuslähteisiin perustuen yleistettyjä tai provisionaalisia oikeusnormeja, riippuu oikeuslähteopista, joka on edellä kuvattu oikeuden nelikentän alemman rivin kuvaaman oikeuden abstraktin tason asia. Oikeuslähteoppi on siten propositionaalisenä asiana osa oikeusjärjestelmää/historiallista oikeusjärjestystä/oikeuden syvärakennetta ja toiminnallisena asiana osa oikeuskulttuuria.

Privilegoidun oikeuslähteen määritelmä on pohjana myös oikeuden eurooppalaistumiskehityksen analyysin kannalta olennaiselle semanttiselle tarkastelulle. Privilegoidut oikeuslähteet muodostuvat kielellisistä ilmauksista, joilla on merkitys (intensio) ja tarkoite (ekstensio). Kie-

²⁴⁷ Ks. Jääskinen 1983 s. 37–46.

²⁴⁸ Oikeuslähteen käsitteen eri ulottuvuudet suhtautuvat toisiinsa niin, että kaikki privilegoidut oikeuslähteet ovat auktoritatiivisia, mutta osa auktoritatiivisista oikeuslähteistä on ei-privilegioituja. Lisäksi on oikeuslähteitä, jotka ovat ei-privilegioituja ja ei-auktoritatiivisia.

lelliset ilmaukset privilegioiduissa oikeuslähteissä rakentuvat luonnolliselle kielelle, mutta osa ilmauksista on termejä, siis merkitykseltään vakioituja johonkin professionaaliseen diskurssiin liittyviä ilmauksia. Termien tai niitä käyttävien normiformulaatioiden merkitykset liittyvät käsitteisiin vastaten niitä tai niiden joitakin aspektoja.

EU-oikeudessa perussopimukset ja lainsäädäntö ovat autenttisia unionin virallisilla kielillä, useimmissa tapauksissa kaikilla 23:llä, joissakin tapauksissa rajallisemmalla kielivalikoimalla. Näiden normiformulointien tarkoituksena on kuitenkin ilmaista vain yhtä ja yhtenäistä normatiivista merkitystä: samaa oikeusjärjestystä. Eri kieliversioiden sisältämien termien merkitykset voivat kuitenkin olla erilaisia ja liittyä erilaisiin käsitteellisiin järjestelmiin tai niiden tulkintoihin. Esimerkiksi termillä ”päätos” ja sen erikielisillä vastineilla on erilainen merkitys eri virallisissa kielissä, ja tämä merkitys liittyy siihen, että merkitysten taustalla ovat erilaiset käsitejärjestelmät. EU-oikeudellinen termi voi vastata yhtä tai useampaa kansallista termiä, joiden merkitysten välillä voi olla eroja eri kielissä. Merkitysten erot voivat liittyä eroihin kansallisten käsitejärjestelmien kesken ja/tai niiden ja EU-oikeuden omaksuman käsitejärjestelmän välillä.

Nämä näkökohdat eivät tässä yhteydessä liity oikeuslingvistisiin kysymyksenasetteluihin vaan siihen oikeusteoreettiseen huomioon, että EU-oikeudessa tuntuu vaikealta soveltaa teorioita, jotka pitävät oikeusjärjestyksen peruselementteinä lauseita eivätkä niiden merkityksiä. Toiseksi ne ovat johdattelua siihen, että tarkasteltaessa EU:n oikeusjärjestelmän ja kansallisen oikeusjärjestelmän välistä suhdetta kielelliset ja kansallisten oikeudellisten käsitejärjestelmien väliset erot nousevat keskeiseksi oikeuden eurooppalaistumisen kannalta.

6. Eurooppalaistuvan oikeusjärjestyksen äärinormit

6.1. Äärimmäisen äärellä

6.1.1. Äärinormeista

Hans Kelsenin puhtaaseen oikeusoppiin ja perusnormiteoriaan kiteytyy 1800-luvun oikeusfilosofian ja julkisoikeudellisen teorian traditio. Se on teoria suvereniteetista ilman suvereenia, oikeusvaltiosta ilman valtiota, valtion välttämättömästä siveellisyydestä ilman siveellisyyttä, oikeudesta ilman oikeudenmukaisuutta, objektiivisesta pitämisestä ilman objektiivisuutta. Kelsenin ajattelu heijastaa tietyllä tavalla sankarillista ja viime vaiheeltaan traagista intellektuaalista ponnistelua oikeuden sovittamiseksi 1900-luvun alun uuskantilaisen tieto-opin ja tieteenfilosofian yhden ja oikeastaan esimodernin tulkinnan Prokustreen vuoteeseen.

Tämän vuosikymmeniä kestäneen kamppailun tuloksena syntyi oikeusteoreettisia intuitioita ja oivalluksia, jotka tiedostetusti ja tiedostamatta vaikuttavat nykyisessä oikeusajattelussa (mme) paljon laajemmalti kuin Kelsenin tuotanto itsessään, vaikka Kelsenin suoranaisia opetuslapsia ei ehkä enää ole samalla tavalla kuin joitakin vuosikymmeniä sitten. Poliittisessa filosofiassa Kelsenin oikeusteorian ja demokratiateorian välisen yhteyden merkitykseen ollaan vasta havaitumassa.²⁴⁹

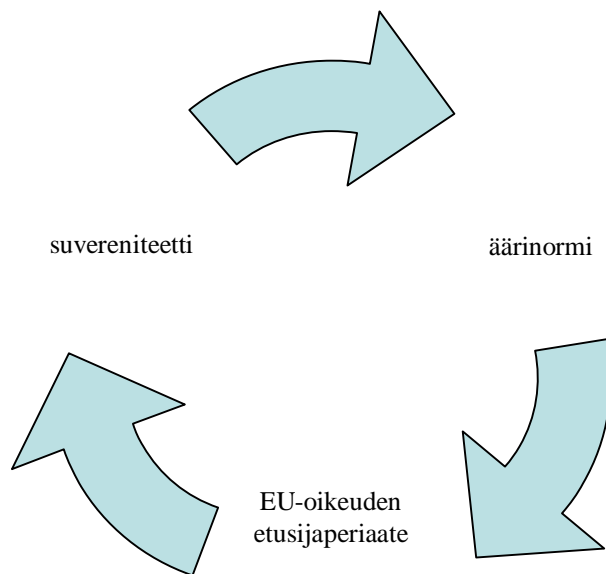
Oikeudellisen ajattelun yhteiseen alitajuntaan kiteytyneitä kelseniläisiä asettamuksia ovat puhtaan normin teorian mukainen näkemys oikeusnormeista objektiivista pitämistä ilmaisevina ajateltuina objekteina, jotka ovat toisiinsa nähden ”juridis-loogisissa” suhteissa, sekä normin normatiivisuuden johtaminen sen asettamisesta toisen normin mukaisesti.

Oikeuden eurooppalaistumisen näkökulmasta tärkeä Kelsenin jättämä perintö on ajatus oikeuden äärestä. Samalla tavalla kuin *C.S.Lewisin* tarinassa Prinssi Kaspian purjehtii maailman ääreen etsii jokainen oikeutta normatiivisena järjestyksenä tarkasteleva äärimmäistä normia, käsitettä tai konstruktiota, johon oikeus loppuu. Samalla haetaan selitystä tai perustetta oikeuden normatiivisuudelle; mihin oikeuden sitovuus tai oikeudellinen pitäminen perustuu, jos ja kun se ei ole johdettavissa moraalista eikä semanttisesti samaistu johonkin faktuaalisuuden sosiologiseen tai sosiaalipsykologiseen aspektiin.

Tällaisen *äärinormin* (*ultimate rule*) etsiminen on lähtökohtana myös niillä, jotka haluavat ymmärtää unionioikeutta normatiivisena järjestyksenä, joka on voimassa olevaa oikeutta jäsenvaltioissa. Oikeusteoriassa tätä problematiikkaa on lähestytty Kelsenin ja Hartin ajatusten pohjalta; mikä on perusnormia tai tunnustamissääntöä koskevien teoreettisten konstruktioiden merkitys ja selitysvoima tässä yhteydessä? Nämä oikeusteoreettiset kysymyksenasettelut on myös usein yhdistetty EU:ta koskeviin konstitutionaalisiin ja metakonstitutionaalisiin kysy-

²⁴⁹ Tässä suhteessa *Dyzenhaus* ja *Vinx* ovat luullakseni enemmän keskustelun avauksia kuin sen konklusioita.

myksiin, tavallaan niiden abstraktimman tason tulkintoina. Kysymyksiä ja vastauksia etsitään²⁵⁰ ympyräksi sulkeutuvassa ketjussa äärinormi–etusijaperiaate–jäsenvaltioiden suvereniteetti (*Kompetenz-Kompetenz*) –äärinormi:



Oikeuden äärinormin merkitys oikeuden eurooppalaistumista käsittelevässä oikeusteoreettisessa keskustelussa liittyy seuraaviin *positiivisoikeudellisiin* ilmiöihin:

1. institutionaalisessa käytännössä ja oikeustieteessä hyväksytty EY-tuomioistuimen luoma näkemys unionioikeudesta itsenäisenä oikeusjärjestyksenä, jonka sisältö, oikeusvaikutukset ja tulkintaperiaatteet ovat autonomisia;
2. tästä seuraavat periaatteet unionioikeuden välittömästä oikeusvaikutuksesta ja etusijasta;
3. unionioikeuden voimassaolo ja välitön vaikuttavuus jäsenvaltioiden alueella ja siihen liittyvä kansallisten viranomaisten ja tuomioistuinten velvollisuus soveltaa unionin oikeusjärjestystä sen itsensä määrittämin vaikutuksin ja sisällöin;
4. oikeusinstanssijärjestyksen puuttuminen EY-tuomioistuimen ja kansallisten tuomioistuinten välillä;
5. EY-tuomioistuimen yksinomainen toimivalta tulkita unionioikeutta mukaan luettuina sen suhdetta jäsenvaltioiden oikeusjärjestyksiin koskevat periaatteet;
6. jäsenvaltioiden kansainvälisoikeudellinen suvereniteetti ja EU:n konstituution luonne valtiosopimuksena;

²⁵⁰ Pavlos Eleftheriadis on todennut, että keskustelussa ei ehkä niinkään etsitä vastauksia kysymyksiin kuin oletetaan vastaukset pitäytymällä oman konstitutionaalisen järjestyksen perusasettamuksiin. Tämä puolestaan on vääjäämätön seuraus oikeudellisen tiedon luonteesta; oikeudellisessa argumentaatiossa ei voida asettaa kysymyksen alaiseksi sen kehyksenä toimivan oikeusjärjestyksen pätevyyttä. Ks. Eleftheriadis 1998 s. 257, 259. Tästä seuraavasta metakonstitutionaalisesta paradoksista ks. jäljempänä jaksoa 8.5.

7. edellisestä seuraava, jäsenvaltioille jäävä toimivalta-toimivalta (*Kompetenz-Kompetenz*);
8. jäsenvaltioiden kansallisten oikeusjärjestysten ja unionioikeuden erillisyyss oikeusjärjestyksinä;
9. edellisistä seuraava mahdollisuus fundamentaaliseen konstitutionaaliseen konfliktiin EY-tuomioistuimen ja ylimpien kansallisten tuomioistuinten välillä.

Tässä luvussa tarkastellaan ensiksi *Catherine Richmondin* esittämää EU-oikeuden kelseniläisen pätevyysperusteen ratkeamattomuutta ja siitä seuraavaa väistämätöntä oikeudellista ja konstitutionaalista pluralismia EU:n ja jäsenvaltioiden muodostamassa eurooppalaisessa poliittisessa yhteisössä (*polity*). Richmondin ajatusten jälkeen käsitellään *Wolf-Dietrich Grussmannin* analyysiä ylikansallisuuden ja perusnormin välisestä suhteesta, jossa päädytään unionioikeuden ja kansallisen oikeuden välisten normikonfliktien mahdottomuuteen pätevyyskonflikteina, *Theodor Schillingin* näkemystä unionioikeudesta kansainvälisen oikeuden kautta kansallisesta oikeudesta johdettuna oikeusjärjestyksenä sekä *Ines Weylandin* kantaa, jonka mukaan Kelsenin perusnormiteorian avulla on mahdollista löytää yhtenäinen ja johdonmukainen teoria unionioikeuden ja kansallisen oikeuden suhteesta. Sen jälkeen otetaan esille *Uta Bindreiterin* ajatukset EU-oikeuden perusnormista.

Seuraavassa jaksossa eurooppalaistuvan oikeudellisen pluralismin hartilaista tulkintaa edustavat puolestaan *Mark Jonesin* varhainen hartilainen rekonstruktio yhteisön oikeuden rakenteesta sekä *Neil MacCormickin* ajatukset jälkisuvureenista valtiosta ja sen oikeuden tunnistamis säännöstä. *René Barentsin* teoria yhteisön oikeuden autonomiasta sen sisällölliseen olemukseen perustuvana autopoieettisena ilmiönä päättää tämän teoreettisen johdatuksen.

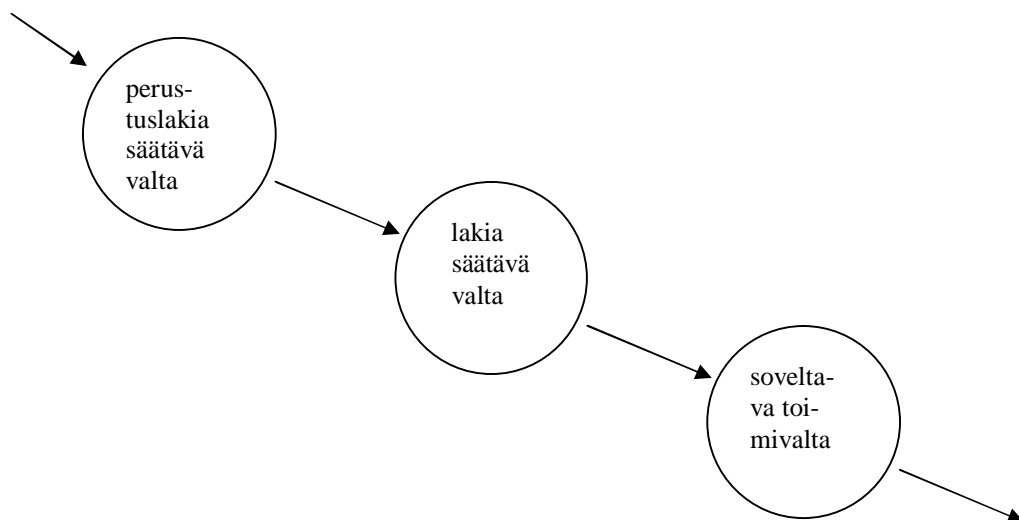
Sen jälkeen siirrytään tarkastelemaan EU-oikeuden ja jäsenvaltion oikeuden välisessä suhteessa vallitsevaa normatiivista symmetriaa ja todetaan oikeusjärjestyksen eurooppalaistuminen tämän epäsymmetrian oikeusteoreettiseksi haltuunotoksi. Haltuunotto tapahtuu kontekstuaalisen oikeusjärjestyksen käsitteen avulla. Lopuksi esitellään tämän käsitteen relevanssi luvuissa 2 ja 3 tarkastellun Suomen oikeusjärjestyksen eurooppalaistumisen ymmärtämisen kannalta.

6.1.2. Perusnormi perspektiivinä

Catherine Richmond ottaa unionioikeuden pätevyuden tarkastelun lähtökohdaksi *Joseph Razin* suorittaman Kelsenin normatiivisen pätemisen johtamisen uudelleen muotoilun, jossa normin pätevyyttä tarkastellaan logiikan puumalleja muistuttavina *pätevyysketjuina* (*chain of validity*).

Razin mukaan Kelsenin teoria oikeusjärjestyksen identiteetistä perustuu kahteen elementtiin: perusnormiin ja pätevyysketjuihin.²⁵¹ Razin puumallissa oikeusjärjestyksen muodollinen rakenne esitetään kaaviona, jossa kaavion solmukohdat esittävät norminantamistoimivaltaa ja solmukohtia yhdistävät viivat normeja, joihin solmukohdassa ilmenevä toimivalta perustuu. Razin käyttämä metodi mahdollistaa sen osoittamisen, että toimivalta voi perustua myös useampaan normiin, jolloin useampi viiva johtaa samaan solmuun. Hän myös osoittaa, että pätevyysketjut voivat olla rekursiivisia ja että normi voi itse olla oman pätevyytensä perusteenä.²⁵²

Razin puumallia hyväksi käyttäen oikeusjärjestys voi yksinkertaisimmillaan olla seuraavanlainen:



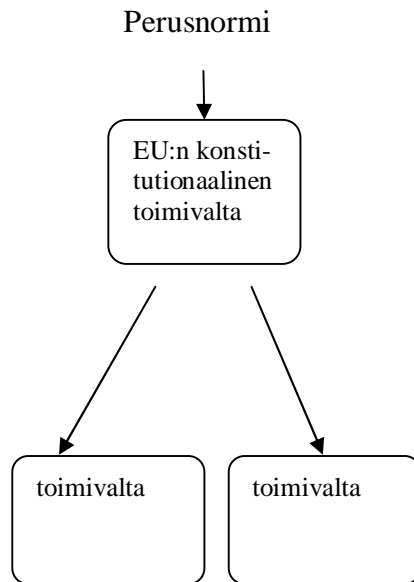
Kuviossa ylhäällä vasemmalla oleva *nuoli* kuvaa oletettua perusnormia, jonka nojalla syntyy perustuslakia säättävä valta. Perustuslakia säättävän vallan ja lakia säättävän vallan välinen nuoli tarkoittaa materiaalista konstituutiota. Lakiasäättävän vallan ja soveltavan toimivallan välinen nuoli tarkoittaa abstrakteja oikeusnormeja ja soveltavan toimivallan oikeanpuoleinen nuoli konkreettisia individuaalinormeja.

Kelsenin teorian kiteytys Razin puumallia käyttäen on se, että jokaisessa oikeusjärjestyksessä on yksi normi, joka jokaisen pätevyysketjun osa. Tämä normi on perusnormi. Se luo toimivallan ensimmäisen materiaallisen konstituution antamiseen. Materiaalinen konstituutio voi puolestaan muodostua useammasta eri normista.

²⁵¹ Ks. Raz s. 97.

²⁵² Tämä perustuu siihen, että normi voi perustaa – esimerkiksi perustuslakia säättävälle kokoukselle – toimivallan taannehtivasti ja että normit voivat olla itseensä viittaavia. Ks. Raz s. 138–140. Tämän seurauksena on Razin mukaan (s. 140) se, että ”it is not necessary the case, even within the framework of the Kelsenite theory, that every legal system includes a basic norm, i.e. a non-positive norm.”

Alla olevassa kuviossa esitetään Razin mallin mukaisesti unionin oikeusjärjestyksen rakenne. Kuvion ylimpänä oleva suorakaide kuvaa toimivaltaa, jonka nojalla EU:n konstituutio on annettu. Sen alapuolella olevat nuolet kuvaavat unionin materiaalista konstituutiota, ja välittömästi sen alapuolella suorakaiteet unionissa materiaallisen konstituution nojalla käytettävissä olevia toimivaltoja. Niistä alaspäin mahdollisesti suuntautuvat nuolet ovat puolestaan alemman tason normeja, joiden tuloksena syntyy uusia toimivaltoja ja niin edelleen:



Positiivisoikeudellisesti jokaisen unionioikeudellisen säädöksen antamisen on perustuttava perussopimuksen mukaiseen toimivaltaan.²⁵³ Edellä esitettyä kuviota alhaalta ylöspäin mentäessä jokaisen nuolen on päädyttävä yhden tai useamman solmun kautta ylimpään suorakaiteeseen, jonka ilmaiseman toimivallan pätevöittää oletettu perusnormi.

Ylimmässä suorakaiteessa sijaitsee toimivalta, jonka nojalla unionin materiaallinen konstituutio on annettu. Positiivisoikeudellisesti kysymys on jäsenvaltioiden yhdessä käyttämästä toimivallasta. Toisaalta voidaan myös ajatella, että EU:n materiaalliseen konstituutioon kuuluu tavanomaisoikeudellisena sääntönä EY-tuomioistuimen kelpoisuus luoda normeja.²⁵⁴ Esimerkiksi ennen Lissabonin sopimuksen voimaantuloa unionilla ei ole oikeusperustan puuttuessa toimivaltaa liittyä Euroopan ihmisoikeussopimukseen, mutta tästä huolimatta EY-tuomioistuimella on katsottu olleen toimivalta käyttää ihmisoikeussopimuksen materiaalista sisältöä perusteena, jonka nojalla arvioidaan unionin lainsäädännön pätevyyttä.²⁵⁵

²⁵³ EU-säädösten oikeusperustasta ja siihen liittyvästä legaliteettiperiaatteesta ks. esim. Jääskinen 2007 s. 279–280.

²⁵⁴ EY-tuomioistuimen oikeutta luovasta roolista ks. esim. Rasmussen s. 10–14, Raitio 2003 s. 299–300, Alter s. 16–27.

²⁵⁵ Ks. tästä Weyland s. 31.

Richmondin mukaan tämän unionioikeudellisen perusnormin paikalle voidaan olettaa jokin kolmesta vaihtoehdosta:

- unionioikeuden materiaalsen konstituution pätevyyden perustana voi olla *kansainväliseen oikeuteen* kuuluva normi, jolloin unionioikeus olisi osa kansainvälistä oikeutta;
- jäsenvaltion *kansalliseen oikeuteen* kuuluva normi, jolloin unionioikeus olisi osa ko. jäsenvaltion oikeutta;
- *unionioikeuden itsenäinen perusnormi*, joka tuottaa unionioikeudelle tavallaan omaehtoisen pätevyyden.²⁵⁶

Hän päätyy näiden vaihtoehtojen pohjalta, kun otetaan huomioon mahdollisuus unionioikeuden perusnormin muuttumisesta tai hyppäyksellisestä evoluutiosta integraation alkuvuosina sekä erilaiset tavat ymmärtää konstitutionaalisen tavan ja perussopimusten keskinäinen asema, yhdeksään perusmalliin. Kussakin mallissa perusnormi pätevöittää pätevyysketjun ylimmän normin, joka puolestaan pätevöittää pätevyysketjussa alempana olevat oikeusjärjestykset.²⁵⁷ Alla KVO tarkoittaa kansainvälistä oikeutta, JV jäsenvaltion oikeutta ja EU unionioikeutta.

Mallissa 1 oletetaan perusnormi, joka pätevöittää tavan oikeutta luovan vaikutuksen kansainvälisessä oikeudessa. Kansainvälisen oikeuden tehokkuusperiaate pätevöittää puolestaan jäsenvaltioiden valtiosäännön, johon sisältyvä unionioikeuden pätevyyden valtion alueella alun perin hyväksynyt normi puolestaan pätevöittää unionioikeuden. Pätevyysketju on siten mallissa seuraava: EU←JV←KVO

Mallissa 2 kansainvälinen oikeus pätevöittää unionioikeuden pätevyyden sen tehokkuuden tai konstitutionaalisen itsenäisyyden perusteella. Jäsenvaltioiden oikeuden oikeudellinen pätevyys unionioikeuden kannalta perustuu puolestaan unionioikeuteen. Pätevyysketju on siten:

JV ← EU ← KVO.

Mallissa 3 kansallinen oikeus pätevöittää kansainvälisen oikeuden, jonka tehokkuusperiaate puolestaan välittömästi pätevöittää unionioikeuden: EU←KVO← JV.

Mallissa 4 kansallinen oikeus pätevöittää unionioikeuden, joka puolestaan välittömästi pätevöittää kansainvälisen oikeuden: KVO←EU← JV. *Mallissa 5* unionioikeus pätevöittää kansallisen oikeuden, joka puolestaan pätevöittää kansainvälisen oikeuden: KVO← JV←EU.²⁵⁸

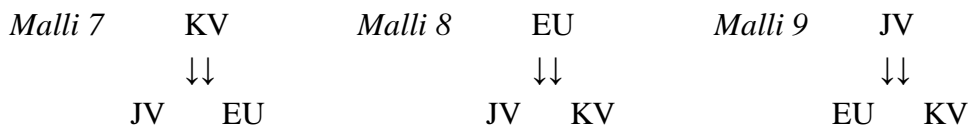
²⁵⁶ Richmond s. 62 [392]. Hakasuluissa olevat sivunumerot vastaavat artikkelin *Law and Philosophy*- aikakauskirjassa julkaistua versiota ja hakasulun edellä olevat sivunumerot artikkelin juoksevaa sivunumerointia kirjassa *Constructing Legal Systems* (Ed. McCormick, 1997).

²⁵⁷ Richmond s. 81–85 [411–415].

²⁵⁸ Nämä mallit voivat tuntua pelkästään teoreettisilta ajatusleikeiltä, mutta oikeusdogmaattisesti malli 4 kuvaa unionin toimivaltaan kuuluvan sopimuksen pätevyysketjun dualistista periaatetta noudattavan jäsenvaltion näkökulmasta. Malli 5 on puolestaan kuvaus sellaisen sopimuksen pätevyysketjusta, jonka jäsenvaltio on unionin

Mallissa 6 unionioikeus pätevöittää kansainvälisen oikeuden, joka puolestaan pätevöittää kansallisen oikeuden: $JV \leftarrow KVO \leftarrow EU$.

Richmondin kolme viimeistä mallia perustuvat Kelsenin ajatukseen tilanteista, joissa ylempi oikeusjärjestys koordinoi ja rajaa toisiinsa nähden kahden erillisen oikeusjärjestyksen pätevyyttä. *Mallissa 7* kansainvälinen oikeus on suoraan sekä unionioikeuden että kansallisen oikeuden pätevyysperusteena. *Mallissa 8* olettamalla unionioikeus päteväksi todetaan samalla kansallinen oikeus ja kansainvälinen oikeus päteviksi. *Mallissa 9* jäsenvaltion oikeus pätevöittää kansainvälisen oikeuden ja unionioikeuden. Pätevyysketjut ovat näissä malleissa seuraavat:



Richmondin mukaan on välttämätöntä valita jokin näistä malleista, ja käytännössä näin myös tehdään. Esimerkiksi EY-tuomioistuin on hänen mielestään noudattanut mallia 7 kun taas euroepäilijöiden lähtökohtana on jokin kansallisen perusnormin ylimmäksi nostavista malleista. Saksan perustuslakituoimioistuin puolestaan puolusti Maastricht-tuomiossaan mallia 1 mallia 2 vastaan. Olennaista on kuitenkin se, että mallit ovat autenttisia eikä mikään niistä ole oikeampi kuin toinen. Mallien mahdollinen epärealistisuus todellisuuden kannalta ei ole kelseniläisestä näkökulmasta olennaista; oikeustiede ei tarjoa perusteita preferoida jotakuta malleista. Valtion suvereniteetti ei ole myöskään oikeudellinen argumentti, koska siihen vetoaminen tarkoittaa jo tietyn mallin olettamista.

Kelseniläinen tarkastelu johtaa siten ilmiöön, jota on kutsuttu konstitutionaaliseksi tai oikeudelliseksi *pluralismiksi* tai *perspektivismiksi*. Kansallisen oikeuden, unionioikeuden ja kansainvälisen oikeuden keskinäisen aseman suhteen omaksuttama kanta on valinta, joka määrää episteemisesti sen, miten oikeustiede konstruoi oikeudellista ”todellisuutta”.²⁵⁹

Wolf-Dietrich Grussmann korostaa ylikansallisuuden ja perusnormin käsitteellistä suhdetta tarkastelevassa artikkelissaan perusnormin tietoteoreettista funktiota; perusnormi on oikeusjärjestyksen oletettu ylin oikeudenasettamissääntö (*Rechtserzeugungsregel*), jonka olettamalla oikeustiede saa kohteensa eli erityinen oikeudellinen olemassaolon tapa määräytyä. Perusnormi ei siten ole muuta kuin hierarkkisesti rakentuvan oikeusjärjestyksen ylimmän oikeudenasettamissäännön pätevyyttä koskeva fiktio. Perusnormin olettaminen on tietoteoreettisesti välttämätöntä, jotta normi voi ilmetä nimenomaan oikeusnormina.²⁶⁰

luvalla tai unionin toimivallan käyttämättä jäämisen nojalla voinut tehdä unionin toimivaltaan kuuluvassa asiassa.

²⁵⁹ Ks. Richmond s. 84–90 [414–420].

²⁶⁰ Ks. Grussmann s. 49–50.

Grussmannin mielestä oikeuden voimassaolo tai oikeudellinen pätevyys on pidettävä erossa oikeuden velvoittavuudesta. Perusnormi osoittaa ”oikeudellisen johdettavuuden *Stufenbaus*sa” eli normin pätevyyden tai olemassaolon sen johdettavuutena oletetusta perusnormista. Perusnormi on siten oikeusjärjestyksen pätevyysperuste (*Geltungsgrund*). Normin velvoittavuus on hänen mukaansa sen esittämän noudattamisvaatimuksen tunnustamista normiadressaattien taholla. Tämä on luonteeltaan tosiasia, siis *Seinin* maailmaan kuuluva seikka. Normin velvoittavuuden ja pätevyyden erottaminen toisistaan mahdollistaa oikeusjärjestyksen moraalisen arvioimisen ja sen mukaiseen autonomiaan sisältyvän vastuullisuuden, ääritapauksessa oikeuden vastarintaan (*Widerstandsrecht*).²⁶¹

Ylikansallisen oikeusjärjestyksen pätevyysperuste ei *Grussmannin* mielestä voi olla yksinomaan kansallisessa oikeudessa. Jos ylikansallinen oikeusjärjestys esittää vaatimuksen omasta autonomiastaan – mikä oikeusteoreettisesta samaistuu vallankumoukseen – tämän tiedostamiseksi on välttämätöntä olettaa sille oma pätevyysperuste, siis oma perusnormi. Yhteisön oikeuden, kansallisten valtiosääntöjen ja kansainvälisen oikeuden välisten suhteiden ymmärtämiseksi on välttämätöntä pitää mahdollisena useampien perusnormien olemassaoloa. Tällöin yhteisön oikeuden oman perusnormin oletaminen mahdollistaa yhteisön perustamissopimukseen sisältyvän konstituution ja siihen perustuvan oikeusnormein itsenäisen asettamisvallan. Olettamalla ylikansalliselle ja kansalliselle oikeusjärjestykselle erilliset pätevyysperusteet, päädytään samalla siihen, että nämä oikeusjärjestykset voivat esittää ristiriitaisia velvoittavuusvaatimuksia (*Verpflichtungsanspruch*), mutta ne eivät voi normijärjestyksinä olla ristiriidassa keskenään, koska tällainen pätevyyskonflikti voi ilmetä vain yhden ja saman oikeusjärjestyksen sisällä. Kysymys oikeusnormien etusijajärjestyksestä normien pätevyyteen vaikuttavana seikkana voi ilmetä vain saman oikeusjärjestyksen sisällä, joten kumpikin oikeusjärjestyksistä pitää vain itseensä kuuluvia normeja pätevinä, mutta oikeustieteen näkökulmasta molemmat voivat olla päteviä.²⁶²

Johtopäätöksensä *Grussman* katsoo, että kysymys yhteisön oikeuden etusijasta ei koske kahden oikeusjärjestyksen välistä pätevyyskonfliktiä vaan niistä normiadressaateille seuraavia velvollisuusristiriitoja, jotka oikeastaan jäävät oikeudellisen tarkastelun ulkopuolelle. Yhteisön oikeuden soveltamisetusija (*Anwendungsvorrang*) ei siten ilmene yhtenäisen oikeusjärjestyksen sisällä, vaan kysymys on yhteisön oikeuden *tehokkuudesta*, sen velvoittavuusvaatimuksen subjektiivisesta tunnustamisesta normiadressaattien, varsinkin kansallisten tuomioistuinten taholla. Yhteisön oikeuden tehokkuus ei ole oikeustieteelle välttämätön perusta pitää sitä kansallisesta oikeudesta erillisenä, oman perusnorminsa pätevöittämänä oikeusjärjestyksenä. Mutta jos toisaalta yhteisön oikeutta pidetään autonomisena, tällöin on oletettava oikeudellinen epäjatkuvuus (diskontinueetti) suhteessa kansalliseen oikeuteen; jäsenvaltiot eivät ole enää perussopimusten herroja eikä kansallisesta valtiosäännöstä yhteisön oikeuden näkökulmasta voi seurata mitään oikeudellisia rajoitteita yhdentymiskehitykselle. Silloin kun yh-

²⁶¹ Ks. *Grussmann* s. 51–52.

²⁶² Ks. *Grussmann* s. 59–60.

teisön oikeuden alkuperäisen maansisäisen vaikutuksen edellytyksenä on perustamissopimuksen tai ao. liittymissopimuksen voimaansaattaminen, yhteisön oikeuden normeilla on kansallisella tasolla kaksi pätevyysperustetta, mikä kuitenkin johtaa kansallisen oikeusjärjestyksen kannalta siihen selittämättömään tilanteeseen, että myöhemmin annettu kansallinen oikeusnormi ei voi kumota aiempaa yhteisön oikeuden normia.²⁶³

Grussmann päätyy näkemykseen, jonka mukaan ylikansallisuuden ja samalla yhteisön *sui generis*-luonteen ydin on siinä, että niille ei tietoteoreettisesti voida olettaa yhteistä oikeudenasettamissääntöä. Tästä seuraa oikeusjärjestysten konfliktien ilmeneminen velvoittavuuskonflikteina eikä pätevyyskonflikteina sekä oikeusnormien tulkinnan kuuluminen yhteisön oikeudessa yksinomaan EY-tuomioistuimelle ja kansallisessa oikeudessa yksinomaan kansallisille ylimmille tuomioistuimille.²⁶⁴

Grussmannin argumentaatio johtaa siten näkemykseen, jossa unionioikeus ja kansallinen oikeus eivät oikeudellisen tiedostamisen kohteena voi muodostaa kokonaisuutta, vaan ne yhdistyvät ulko-oikeudellisen *Seinin* tasolle kuuluvana hyväksyntänä normiadressaattien taholla tai subjektiivisena tunnustamisena. Hänen ajattelunsa taustalla on voimakas sitoutuminen perusnormiteorian tietoteoreettiseen merkitykseen, mutta toisaalta sen lieventämiseen hyväksymällä ylemmän normin vastaisesti syntyneiden oikeusnormien (kumoamisenvarainen) pätevyys.²⁶⁵ Normin systeemisen voimassaolon ja tosiasiallisen sovellettavuuden käsitteellinen erottaminen on sinänsä järkeenkäyvä esimerkiksi selityksenä EY-tuomioistuimen tavalle käsitteellistää unionioikeuden etusija nimenomaan kansallisen normin sovellettavuuteen eikä voimassaoloon vaikuttavaksi asiaksi. *Grussmannin* argumentaatio herättää kuitenkin epäilyksiä sen suhteen, onko perusnormikonstruktiolla ja hierarkkiseen *Stufenbauhun* perustuvalla oikeusnormin pätevyyskäsitteellä enää sanottavaa heurististakaan arvoa oikeusteorialle, jos hyväksytään Kelsenin myöhäistuosannon samoin kuin *Adolf Merklin Fehlerkalkül*-teorian implikoima ajatus siitä, että oikeusnormi voi toimia sekä tietynsisältöisen normin että loogisesti sen kanssa ristiriidassa olevan normin pätevyyden perusteena.²⁶⁶ Eikö jonkinlainen pragmatistinen tai realistinen oikeusteoria ole perustellumpi kuin puhdas oikeusoppi, jos katsotaan *Grussmannin* tavoin, että ”Denn ’rechtswirksam’ festzustellen, ob eine bedingte Norm die bedingenden Norm entspricht, ist nicht Sache des Rechtswissenschaftlers, sondern dies des *rechstanwendenden Organs*.“²⁶⁷

²⁶³ Ks. *Grussmann* s. 61–62. Hän tukeutuu tässä yhteydessä Kelsenin ajattelunsa viimeisessä ”skeptisessä” vaiheessa esittämään näkemykseen, jonka mukaan hierarkkisesti alemmantasoinen normi kuten tavallinen laki voi muuttaa ylemmää normia kuten valtiosääntönormia, jolloin viimeksi mainitun vaikutus voi ilmetä vasta menettelystä, jossa normiadressaattit suoraan tai välillisesti saattavat alemmantasoisien normin pätevyyden tutkittavaksi.

²⁶⁴ Ks. *Grussmann* s. 63–64.

²⁶⁵ Kelsenin viimeisen ”skeptisen” vaiheen ajattelussa oikeusnormin voimassaolo ei käsitteellisesti enää ole analoginen totuudelle vaan olemassaololle. Samalla logiikan sovellettavuus oikeudellisessa ajattelussa muuttuu ongelmalliseksi, koska ero pätevän ja pätemättömän norminasettamisaktin välillä katoaa, jolloin myös virheellisesti asetetut normit ovat voimassa, jos niitä ei jälkikäteen erikseen kumota. Ks. *Ruiter* 2001 s. 7–9.

²⁶⁶ Ks. *Grussmann* s. 53–55.

²⁶⁷ *Grussmann* s. 55.

Theodor Schilling päätyy yhteisön oikeuden autonomiaa käsittelevässä artikkelissaan kantaan, jonka mukaan unionioikeuden pätevyysperusta on kansainvälisen oikeuden välittämänä kansallinen oikeus. Kysymys olisi siten lähinnä Richmondin mallin 3 mukaisesta tilanteesta.

Schillingin mielestä oikeusjärjestyksen autonomialla voidaan tarkoittaa kolmea eri asiaa:

- alkuperäisessä (*original*) autonomiassa oikeusjärjestyksen perustana on sen oma perustuslakia säätävä valta (*constituent power*) eikä oikeusjärjestystä ole johdettu muusta oikeusjärjestyksestä;
- johdetussa (*derivative*) autonomiassa oikeusjärjestys, vaikka sen synty onkin johdettavissa muusta oikeusjärjestyksestä, saavuttaa synnyttyään sisällöllisen autonomian;
- tulkinnallinen autonomia tarkoittaa sitä, että oikeusjärjestyksen sisällön tulkitsevat sen itsensä mukaisesti asetetut organit.

Tulkinnallinen autonomia sisältyy alkuperäiseen autonomiaan, muttei välttämättä johdettuun autonomiaan.²⁶⁸

Schillingin mukaan perussopimusten asemaa unionioikeuden ”konstituutiona” käytetään usein harhaanjohtavasti perustelemaan unionioikeuden alkuperäistä autonomiaa, koska niiden antamisessa ei ole ollut kysymys historiallisen ensimmäisen konstituution antamista koskevan toimivallan (*pouvoir constituant originaire*) käyttämisestä. Kysymyksessä on ollut jäsenvaltioiden parlamenttien ratifiointimenettelyjen kautta toteuttama kansainvälisoikeudellinen järjestely, joka on noudattanut sekä sopimusten neuvottelemisen että niiden hyväksymisen suhteen kansainvälistä oikeutta. Myöskään EY-tuomioistuimen oikeuskäytännön kautta tai muutoin ei ole tapahtunut kehitystä, joka olisi irrottanut unionin perussopimus pohjaisen konstituution sidonnaisuudesta jäsenvaltioiden valtiosääntöihin. EY-tuomioistuimen etusijaperiaatetta koskevaa oikeuskäytäntöä ei liioin ole hyväksytty *opinio iuris*ksi jäsenvaltioiden ylimmissä tuomioistuimissa, sikäli kuin kysymys on kansallisten perustuslakien ehdottomasta alistamisesta unionioikeudelle. Euroopan unionin jäsenvaltioiden kansoista ei ole syntynyt yhteistä unionin kansaa, joka olisi omalla tahdollaan suoraan demokraattisesti legitimoinut unionin konstituution.²⁶⁹

Schillingin mielestä oikea tapa ymmärtää unionioikeuden autonomia on nähdä se johdetuksi autonomiaksi, joka perustuu kansainväliseen oikeuteen. Perussopimukset sitovat jäsenvaltioita ja tästä seuraa, että perussopimusten luoman oikeusjärjestyksen sisältö ei enää määräydy jäsenvaltioiden oikeuden kautta vaan autonomisesti. Tämä ei kuitenkaan erota unionioikeutta mistä tahansa muusta kansainvälisestä sopimusjärjestelmästä, koska niidenkin sisältö on voi-

²⁶⁸ Ks. *Schilling* s. 389–390.

²⁶⁹ Ks. *Schilling* s. 390–401. *Schillingin* mukaan Kelsenin lähestymistapa on perustellumpi kuin Hartin unionioikeuden autonomiaa tarkasteltaessa, koska viimeksi mainitun tuomariensa käyttäytymistä selittävä tunnistamissääntö ei tavoita nykyaikana perustuslakia säätävää valtaa koskevaan keskusteluun välttämättä liittyvää demokraatiaperspektiiviä.

maantulonsa jälkeen yhteinen objektiivinen normijärjestys, johon sopimuspuolten kansallisten oikeusjärjestysten on sopeutettava oma sisältönsä.²⁷⁰

Unionioikeudella on myös tulkinnallinen autonomia; EY-tuomioistuimella on yksinomainen toimivalta päättää unionioikeuden sisällön oikeasta tulkinnasta. *Schillingin* mielestä EY-tuomioistuimen toimivaltaan sisältyy myös oikeus määrätä unionioikeuden oikeusvaikutuksista, mutta sen tähän liittyvä muodollinen tulkinta-autonomia on materiaalisesti rajattu. EY-tuomioistuimen tulkinnat unionin toimivallan rajoista sitovat jäsenvaltioiden ylimpiä tuomioistuimia vain, jos ne ovat ”oikeita”. Mikään jäsenvaltio ei ole delegoinut unionille ja sitä kautta EY-tuomioistuimelle toimivaltaa laajentaa unionin toimivaltaa yli sen perussopimuksissa määriteltyjen rajojen. Toisin sanoen jäsenvaltiot eivät ole eivätkä ole voineetkaan delegoida konstitutionaalista *Kompetenz-Kompetenzia* unionille. Viime kädessä unionioikeuden autonomian rajat määräytyvät siten jäsenvaltioiden ylimpien tuomioistuinten käytännön mukaan.²⁷¹

Schillingin esittämät ajatukset ovat varsinkin kesän 2005 jälkeen realistisia; unionioikeus ei ole kyennyt konstitutionalisoitumaan, kun sitä tarkastellaan oikeusjärjestyksen pätevyysketjun näkökulmasta. Unionioikeuden tosiasiallisen soveltamisen näkökulmasta – tapahtuu se sitten kansallisella tai ylikansallisella tasolla – sen osoittamisella, että ”oikeastaan” kysymys on vain kansainvälisen oikeuden erityislaatuudesta osajärjestyksestä, on kuitenkin sangen vähän merkitystä. Soveltajan näkökulmasta unionioikeus näyttäytyy selvästi jonakin, joka ei ole kansallista oikeutta, muttei liioin kansainvälistäkään oikeutta.

Ines Weyland päätyy Kelsenin perusnormiteorian pohjalta kokonaisnäkemykseen, joka mahdollistaa kansallisten perustuslaillisten orgaanien suvereenisuuden ja unionioikeuden etusijaperiaatteen yhteensovittamisen, unionioikeuden ja kansallisen oikeuden välisten normikonfliktien ratkaisemisen kaikilla normihierarkian tasoilla sekä näiden kahden oikeusjärjestyksen välisen suhteen analysoinnin.

*Weylandin*²⁷² mukaan unionioikeuden ja kansallisten oikeusjärjestysten välinen suhde on nykyaikana sekä kansallisesta että EU-perspektiivistä parhaiten ymmärrettävissä niin, että ne muodostavat *yhtenäisen järjestyksen*. Niillä on yhteinen perusnormi, yhteiset kriteerit järjestyksen sisällön määrittämiseksi sekä normivalintasäännöt, jotka eliminoivat aktuaaliset tai potentiaaliset normikonfliktit. Perusnormi pätevoittää sekä unionin että jäsenvaltioiden konstitutionaalisten normien pätevyyden. Nämä normit määrittävät puolestaan jäsenvaltioiden ja unionin lakia säätävien elinten toimivallat luoda jäsenvaltioiden alueella voimassa olevia sitovia oikeusnormeja. Järjestelmän yhtenäisyys perustuu – seuraten Kelsenin näkemystä kansainvälisen oikeuden ja kansallisen oikeuden välisestä suhteesta²⁷³ – siihen, että täydellisten

²⁷⁰ Ks. Schilling s. 403–405.

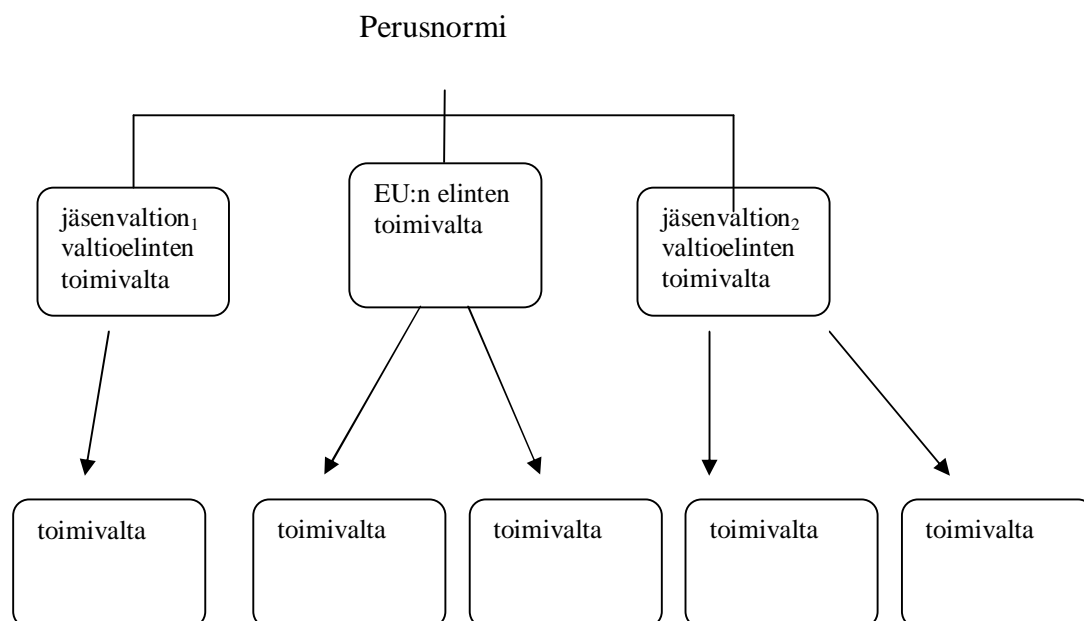
²⁷¹ Ks. Schilling s. 405–409.

²⁷² Ks. Weyland s. 32–35.

²⁷³ Ks. Kelsen GLS s. 363–388 ja Kelsen RR s. 328–343.

normien (*complete norms*)²⁷⁴ synty edellyttää usein monipuolista vuorovaikutusta unionioikeuden orgaanien ja kansallisten orgaanien välillä. Normikonfliktit tämän eurooppalaisen kokonaisjärjestyksen sisällä ratkeavat unionioikeuden etusijaperiaatteen mukaisesti; se on *lex superior*-periaatteen sovellus, jonka yksi kokonaisjärjestelmän perusnormin tunnustamista konstitutionaalisista orgaaneista eli EY-tuomioistuin on luonut ja jonka muut vastaavassa asemassa olevat organit ovat hyväksyneet. Tämä kokonaisjärjestys täyttää Weylandin mielestä myös Kelsenin teorian edellyttämän vaatimuksen oikeusjärjestyksen tehokkuudesta suurin piirtein.

Weylandin teoria voidaan visualisoida alla olevalla kuviolla. Siinä ylimpänä oleva haarautuva viiva kuvaa järjestelmän yhtenäistä perusnormia, joka siis on sekä jäsenvaltioiden että EU:n konstitutionaalisten elinten toimivallan hypoteettinen peruste.



Weylandin kanta merkitsee siis irtaantumista ortodoksisesta näkemyksestä, joka pitää unionioikeutta ja jäsenvaltioiden kansallisia oikeusjärjestyksiä toisiinsa nähden erillisinä, joskin unionioikeuden koordinoimina oikeusjärjestyksinä. Teoria perustuu myös siihen, että hän pitää perustelluimpana sitä Kelsenin itsensä hylkäämää tulkintaa, jonka mukaan *lex superior*-sääntö on normilooginen sääntö, jonka mukaisesti ylemmän normin kanssa ristiriidassa oleva alempi normi on pätemätön, ei pelkästään kumottavissa oleva. Tähän nähden johdonmukaisesti hän pitää kaunistelevana sitä puhetapaa, jossa EY-tuomioistuimen tavoin unionioikeuden kanssa ristiriidassa olevaa normia pidetään ainoastaan ei-sovellettavissa olevana.²⁷⁵

²⁷⁴ Tämä voi tarkoittaa sitä, että kansallinen oikeus määrittää unionioikeuden materiaalistien normien henkilöllisen soveltamisalan tai tarkoittaa unionioikeuden abstrakteja normeja konkreettisemmilla kansallisilla normeilla esimerkiksi direktiivien täytäntöönpanon yhteydessä. Ks. Weyland s. 33.

²⁷⁵ Ks. Weyland s. 12–14 ja 18.

Kelsenille ylemmän ja alemman normin välinen ristiriita oli tunnetusti keskeinen dilemma, johon hän esitti eri vaiheissa erilaisia ratkaisuja. Puhtaan oikeusopin perusajatus oikeusjärjestyksestä oikeustieteen kognition luomana ristiriidattomana objektina ei ollut vaivatta sovittavissa ajatuksiin oikeusnormeista tahdon tuloksena ja oikeusjärjestyksen hierarkiasta normatiivisen sisällön konkretisoitumisena oikeustieteen ”ulkopuolisten” valintojen tuloksena. Problematiikka liittyy myös voimassaolon käsitteen kahteen eri ulottuvuuteen Kelsenillä: voimassaoloon merkityksessä oikeusnormin jäsenyytenä oikeusjärjestyksessä ja voimassaoloon merkityksessä oikeusnormin sitovuutena. *Lex superior*-periaate voidaan siten ymmärtää oikeusnormin voimassaolon käsitteen loogisena implikaationa, oikeusjärjestyksen kognitiivisen haltuunoton juridis-loogisena ajatusvälttämättömyytenä tai derogaatiosääntönä. Oikeusnormin pätemättömyyden ja kumottavuuden välinen ero oli Kelsenille keskeinen myös oikeusteorian ja poliittisen teorian yhteen sitovan legitimizeettikysymyksen kannalta, erityisesti arvioitaessa lakien perustuslaillisuuden tutkimisen suhdetta demokratiaan.²⁷⁶

Mielestäni kansallisen normin pätemättömyyden ymmärtäminen EU-oikeuden ja kansallisen oikeuden välisen normikonfliktin loogiseksi seuraukseksi tuntuu kuitenkin mahdottomalta. Tämä johtuu muun muassa siitä, että kansallinen oikeusnormi abstraktina pitämisenä voi katkaa kokonaan EU-oikeuden soveltamisalaan kuuluvan kysymyksen, sekä EU-oikeuden että kansallisen oikeuden soveltamisalaan kuuluvan kysymyksen tai pelkästään EU-oikeuden soveltamisalaan kuuluvan kysymyksen. Ensiksi mainitussa tapauksessa mahdollinen normiristiriita on oikeudellisesti merkityksetön, kahdessa jälkimmäisessä tapauksessa kansallista normia ei EY-tuomioistuimen muovaaman etusijaperiaatteen mukaan saa soveltaa sikäli kuin se on ristiriidassa EU-oikeuden kanssa.

Esimerkiksi kansallinen normi ulkomaalaisen maasta poistamisen edellytyksistä on yhdentymisen edetessä siirtynyt ensimmäisestä tilanteesta toiseen, kun EU-kansalaisia koskevat rajoitukset ovat jakaneet sen tavallaan kahdeksi normiksi, ja se on siirtymässä kolmanteen kategoriaan, sikäli kuin kolmansien maiden kansalaisten maasta poistamisen edellytykset joskus harmonisoidaan täydellisesti.

Kansallisen normin ja EU-normin ristiriita ei siten ilmene abstraktien normien välisenä loogisena yhteensopimattomuutena, vaan tilanteena, jossa normatiivisen yhteensopimattomuuden elementtejä ovat normien sisällön lisäksi myös niiden alueellinen, asiallinen ja henkilöllinen soveltamisala. Näiden ulottuvuus on toisaalta sidoksissa unionin toimivallan rajoihin. Esimerkiksi EU-tuomioistuimen tuomion C-435/06 mukaan lakia huoltoa tai hoitoa koskevan päätöksen täytäntöönpanoa varten tapahtuvasta luovuttamisesta Islantiin, Norjaan, Ruotsiin tai Tanskaan (761/1970) ei voida soveltaa Ruotsissa tehdyn lastensuojelua koskevan päätöksen täytäntöönpanoon, koska tähän sovelletaan etusijan saavaa ns. Bryssel II a-asetusta (EY) N:o

²⁷⁶ Ks. Vinx s. 86–94 (mitättömyyden ja moitteenvараaisuuden käsitteellinen merkitys) ja 163–175 (merkitys valtiosääntötuomioistuimen roolille demokratiassa).

2201/2003 asetuksen soveltamisen alkamisen jälkeen.²⁷⁷ Kansallista lakia voidaan kuitenkin soveltaa edelleenkin esimerkiksi mielenterveysasiassa tai kehitysvammaisen huoltoa koskevassa asiassa. Kansallinen laki ei ole kumoutunut, ja siinä (teoreettisessa) tapauksessa, että lastensuojeluasiat suljettaisiin Bryssel II a –asetuksen muutoksella sen soveltamisalan ulkopuolelle, kansallinen laki palaisi jälleen sovellettavaksi.

Edellä esitetyn argumentin tarkoituksena on osoittaa, että EU-oikeuden ja kansallisen oikeuden välinen ristiriita voi ilmetä vain *tulkittujen*, siis sisällöltään ja soveltamisalaltaan tarkennettujen normien välillä.²⁷⁸ Pelkkä normiformulointien tasoinen yhteensopimattomuus ei ilmennä loogista normiristiriitaa, vaan tarvetta harjoittaa oikeustiedettä tai juridiikkaa edellisessä luvussa määritellyssä merkityksessä. Keskeinen osa eurooppaoikeuden yleisiä oppeja koskee juuri tällaisten ristiriitojen poistamista. Direktiivien horisontaalisen välittömän vaikutuksen puuttuminen on toisaalta osoitus siitä, että etusijaperiaatetta ei voida ymmärtää loogiseksi periaatteeksi vaan sisällölliseksi normikonfliktien ratkaisuperiaatteeksi; horisontaalisissa tilanteissa direktiivien kanssa ristiriidassa olevia kansallisia normeja saa – ja pitää – soveltaa, jos ristiriitaa ei saada tulkinnallisesti poistetuksi. EU-oikeuden kanssa ristiriidassa olevien kansallisten säädösten antaminen ja voimassapito on myös EU-oikeuden näkökulmasta kelseniläisesti ilmaisten jäsenvaltion delikti, johon liittyy pakkona ilmenevä oikeusseuraamus. Weylandin ehdottama yhtenäisen perusnormin olettaminen ei voi estää loogisesti ristiriitaisten normien pätevää antamista, jos normin antaminen ymmärretään oikeustieteen selitysvoiman ulkopuoliseksi tahdonaktiksi. Hänen perusnorminsa luo toimivallan myös kansallisille konstitutionaalisille orgaaneille, ja on mahdotonta ajatella, että tätä toimivaltaa voisi esimerkiksi myöhemmin annettu EU-normi rajoittaa, mitä kai pätemättömyys loogisena normiristiriidan seurauksena tarkoittaisi. Sen sijaan voidaan *Kelsenin* tavoin perustellusti ajatella ristiriita ”ylemmän” normin kanssa perusteeksi, jonka nojalla normiauktori päättää kumota ”alemmman” normin siinä merkityksessä, että se ei oikeuta sanktioiden käyttöä niissä tilanteissa, joissa vallitsee ristiriita. Tätä kansallisen säännöksen soveltamatta jättäminen EU-oikeuden etusijaperiaatteen nojalla tarkoittaakin; ko. kansallinen normi ei ristiriitaiselta osaltaan ole sitova eli osa viranomaisen toimintaa sääntelevää reaktionormia.

Omasta puolestani pidän perusteltuna näkemystä, jonka mukaan ristiriidattomuus tai johdonmukaisuus on juridiikan konstruoiman oikeusjärjestyksen ominaisuus. Sen ei voida olettaa vallitsevan tulkitsemattomien oikeuslähteiden sisältämien oikeuslauseiden kokonaisuudessa. Sikäli kuin oikeutta katsotaan normatiivisten tahdonaktien ja niiden perusteena olevien toimivaltojen kannalta, privilegioitujen oikeuslähteiden sisältämien oikeuslauseiden (normiformulointien) välinen yhteensopimattomuus voi olla peruste kumota jompikumpi säännöksistä; jos

²⁷⁷ Ks. KHO 2006:76 ja KHO 2008:4.

²⁷⁸ Tämä on myös Makkosen kanta tulkintatilanteiden ja normivalintatilanteiden välisestä suhteesta yleensä, ks. Makkonen s. 108.

näin ei tapahdu, ristiriidattoman normatiivisen merkityksen täsmentäminen jää juridiikan tehtäväksi kulloinkin esillä olevassa kontekstissa.²⁷⁹

Weyland on tietysti oikeassa siinä suhteessa, että unionioikeus ja kansallinen oikeus ovat kumpikin voimassa olevaa oikeutta jäsenvaltioissa. Tämä ei kuitenkaan edellytä yhteisen perusnormin olettamista. Pikemminkin kysymys on positiivisoikeudellisesta seikasta, tarkemmin sanoen institutionaalisesta faktasta, jonka on synnyttänyt ao. jäsenvaltioiden liittyminen unioniin kansainvälisoikeudellisen tahdonilmaisun kautta, ja sen seikan oikeusvaikutusten synty kansallisessa oikeudessa joko suoraan perustuslain nojalla tai erillisen voimaansaattamislain (ja mahdollisen siihen liittyvän perustuslaillisen valtuutusnormin) nojalla. Jos perusnormia tarvitaan, siihen riittää kansallisen oikeuden perusnormi, jollei haluta kiertää Kelsenin tavoin kansainvälisen oikeuden välttämättömän monismin kautta. Tällöinkin pätee kuitenkin *Theo Öhlingerin* (kesällä 2003 kirjoittama) toteamus: ”Sowohl heute wie nach dem eventuellen Inkrafttreten dieses V(erfassungsv)ertrages lässt sich die Frage des Primats des europäischen oder des staatlichen Rechts innerhalb der Kelsen’schen Theorie nicht lösen; sie bleibt aus der Sicht dieser Theorie eine nach weltanschaulichen – oder vielleicht sollte man besser sagen: europapolitischen – Gesichtspunkten zu treffende ’Entscheidung’.”²⁸⁰

Ute Bindreiterin Lundin yliopistossa esitetty väitöskirja *Why Grundnorm?* on kunnianhimoinen yritys selvittää Kelsen-eksegeesin kautta perusnormin käsitteen sisältöä ja sen erilaisia teoreettisia funktioita Kelsenin ajattelussa, erityisesti kysymyksiä siitä, missä mielessä perusnormi on oikeuden perusta (*Grund*) ja mitä tarkoitetaan perusnormin olettamisella (*voraussetzen*).

Bindreiterin mielestä perusnormin olettamiseen liittyy sekä käsitteellinen että normatiivinen ulottuvuus. Perusnormin olettaminen tavallaan määrittää juridiset puhetilanteet eli antaa juristien voimassa olevaa oikeutta koskeville kielellisille ilmauksille niiden deskriptiivis-normatiivisen luonteen. Juristit käyttävät tiedostamattaan perusnormia kahdella eri tavalla: 1)

²⁷⁹ *Razin* ja *Harrisin* käsitysten ero (ks. *Raz* s. 224–225) normiristiriitojen mahdollisuudesta oikeudessa perustuu nähdäkseni eroaviin näkemyksiin oikeusjärjestyksestä. Dynaamisena tai staattisena kokonaisuusjärjestyksenä oikeusjärjestyksestä ei ole perusteltua pitää ristiriidattomana, vaan osa sen sisältöä koskee juuri normikonfliktien ratkaisemisen perusteita. Toiminnan arviointia prospektiivisesti tai retrospektiivisesti sääntelevänä normijärjestyksenä sen on kuitenkin oltava loogisesti ristiriidaton suhteessa tiettyyn tekokategoriaan tietyllä hetkellä ja tietyissä edellytyksissä, koska oikeusjärjestyksen käyttäytymistä sääntelevä luonne perustuu oletukseen sellaisen normikonfliktin mahdottomuudesta, että subjektin P pitäisi samassa tilanteessa toimia sekä tavalla A että tavalla –A. Näin ristiriidattomuuden vaatimuksen ymmärtävät myös Makkonen (s. 104–105) ja Ruiter (2001 s. 19–26). Tällainen ”totuusfunktionaalinen” ristiriidattomuus tai johdonmukaisuus suhteessa sosiaaliseen todellisuuteen (eli malliin tai ”maailmaan”) on vahvempi vaatimus kuin yksinkertainen looginen konsistenssi, jonka täyttävät myös normatiivisesti epäolennaiset lausejoukot, esimerkiksi ns. Rossiin paradoksin mukaisesti {!A & ![A tai B]} (ks. Körner s. 33–38), mutta heikompi kuin koherenssi eli yhteensopivuus tiettyyn teleologiseen arvoon tai päämäärään nähden. Kuten jäljempänä perustelen, tällaisen ristiriidattoman järjestyksen konstruointi on mahdollista ainoastaan kontekstuaalisesti ja siihen liittyy aina arvottava aspekti oikeuslähteiden sisällön tulkinnallisen epätäsmällisyyden vuoksi.

²⁸⁰ Öhlinger s. 172. Hän jatkaa, että kysymys on loppujen lopuksi EU:n mahdollisesta valtiollisuudesta, mutta tätä kysymystä ei puhtaan oikeusopin kehyksissä oikeastaan voida asettaa, kun otetaan huomioon Kelsenin lähtökohtana oleva valtion ja oikeusjärjestyksen käsitteellinen identiteetti.

olettaessaan, että oikeudellisen auditorion muut jäsenet pitävät oikeutta pätevänä ja sitovana, ja 2) sitoutuessaan itse samaan. Ensimmäisessä merkityksessä kysymys on ei-sitoutuneesta (kommittoitumattomasta) olettamisesta tai asettamuksesta, jälkimmäisessä aidosti normatiivisesta sitoutumisesta. Tämä kaksinainen olettaminen antaa oikeustieteen lauseille niiden kaksinaisen luonteen ”deskriptiivisinä oikeussääntöinä”.²⁸¹

Bindreiter etenee arvioimaan Kelsenin perusnormikonstruktion selitysvoimaa tarkasteltaessa unionioikeuden ja jäsenvaltioiden kansallisten oikeuksien välistä suhdetta, erityisesti ratkaistaessa niiden välistä konfliktia konstitutionaalisella tasolla. Analyysin tuloksena *Bindreiter* toteaa välittömästi vaikuttavan EU-oikeuden kohdalla olevan tarjolla kaksi vaihtoehtoa: EU-oikeus joko ankkuroidaan kansallisiin normihierarkioihin tai sitten sen perusta etsitään EU:n omasta konstituutiosta. Tämä tarkoittaa useamman perusnormin olettamista ja samalla EU-oikeuden ja kansallisen oikeuden välisen suhteen tarkastelua muun kuin voimassaolon käsitteen kautta. Tällöin mahdollistuu ristiriitaisten normien samanaikainen voimassaolo, ja normikonfliktit muuntuvat soveltajien tason – lähinnä kansallisten tuomioistuinten – kohtaamiksi velvollisuuskonflikteiksi. *Bindreiterin* mielestä velvollisuuskonflikti ei kuitenkaan voi olla vielä aidosti olemassa, koska EU-oikeus ei voi autonomisesti synnyttää aitoa oikeudellista velvoittavuutta ja pätevyyttä.²⁸² Sen se voi tehdä vasta, jos sille kehittyy legitiimi perusnormi, jonka olettamalla EU:n konstituutio näyttäytyy voimassa olevana pätevänä normijärjestyksenä.²⁸³ *Bindreiterin* mielestä EU:n konstituution, myös etusijaperiaatteen, aidosti pätevöittävä perusnormi voi olla vain hypoteettinen ja sisällöllinen, jolloin EU:n konstituution päteväksi olettaminen perustuu demokratiaperiaatteeseen; EU:n konstituution nojalla annettuja normeja on pidettävä pätevinä, jos ja vain jos sanottu konstituutio on demokraattinen, ei pelkästään sillä perusteella, että se on hierarkkisen, vallankäyttöä keskitetysti sääntelevän ja pääpiirteittäin tehokkaan normijärjestyksen taustalla.²⁸⁴

Bindreiterin ratkaisu merkitsee irtaantumista oikeuspositivismista ainakin sen ankarimmissa muodoissa. Sitä voinee pitää jonkinlaisena Saksan valtiosääntötuomioistuimen *Solange*-argumentaation oikeusteoreettisena reformulointina. Hän myös astuu askeleen, jota *Kelsen* ei *Larry Vinxin* mielestä halunnut tai uskaltanut eksplisiittisesti tehdä, eli tuo esille demokratian olettamisen osaksi perusnormia asiana, joka on tarpeen, jotta olisi rationaalinen valinta omaksumaa kelseniläisen oikeuspositivismin implikoima legaliteetin ja legitiimiteetin identtisyys.²⁸⁵

²⁸¹ Ks. *Bindreiter* s. 123–127.

²⁸² Ks. *Bindreiter* s. 200–202.

²⁸³ ”The basic norm that would apply to the European Union – serving as a normative *Grund* for European law – must be conditional, that is, it must be tied to the criterion which in our times is reckoned uppermost among the criteria for “legal system” – democracy.”, *Bindreiter* s. 203. Eettisen komponentin sisällyttäminen perusnormiin ks. *Peczenik* s. 541–548.

²⁸⁴ Ks. *Bindreiter* s. 215–221. *Bindreiterin* vaikeasti seurattava argumentaatio nojautuu Alexander *Peczenikin* esittämään, oikeuden moraalisen vähimmäissisällön perusnormiin sisällyttävään kantaan, jossa tämä sisältö – siis oikeuden äärimmäisen julmuuden puuttuminen – on EU:n kohdalla korvattu demokraattisuuden vaatimuksella.

²⁸⁵ Demokratian ohella Kelsenin oikeusteoriasta heijastuu myös toinen sisällöllinen arvositoumus, nimittäin pasifismi, jota ilman hänen käsityksensä kansainvälisestä oikeudesta eivät näyttäyty rationaalisen valinnan tu-

Kiistämättä *Bindreiterin* ansioita Kelsenin ajatusten systematisoijana ja tulkitsijana demokraatiaperiaatteeseen nojautuminen ei kuitenkaan selventäne asioita EU-oikeuden ja kansallisen oikeuden välisen suhteen ja oikeuden eurooppalaistumisen ymmärtämisen kannalta. Demokratia on monitulkintainen ja olennaisesti kiistanalainen käsite; poliittisen teorian demokratia-käsitykset ovat myös eri asia kuin positiiviseen oikeuteen sedimentoituneet demokratiastandardit.²⁸⁶ *Bindreiterin* demokraatiaperiaatteen olettava perusnormi aktualisoi uudessa kontekstissa Kelsenin laajalti pohtiman kysymyksenasettelun anarkistisesta oikeustieteen professorista²⁸⁷: miten EU-oikeuteen suhtautuu tutkija tai kansallinen tuomari, joka ei pidä EU:n konstitutiota oman demokratiastandardinsa kannalta kansanvaltaisena? Onko esimerkiksi ajateltavissa, että EU-oikeus muuttuu taannehtivasti jostain ei-aidosti sitovasta oikeasti sitovaksi oikeudeksi, jos sen konstituutio kehittyi jossain vaiheessa ”demokraattiseksi”?

Bindreiterin ansio on kuitenkin siinä, että hänen ajatustensa avulla tulee näkyväksi perusnormikonstruktion abstraktin ja konkreettisen tehtävän välinen jännite. Jos oikeudellinen ajattelu ja toiminta nimittäin edellyttäisivätkin jonkinlaista kognitiivis-normatiivista presuppositiota, onko siinä kuitenkaan kysymys samasta asiasta kuin konkreettisten normijärjestysten pätevyydessä tai niitä koskevan diskurssin edellytyksistä? Karrikoiden voi kysyä, antaako Kantin postuloima ajan käsitteen apriorinen välttämättömyys vastauksen kysymyksen, ”mitä kello on tällä hetkellä?”. Samalla tavalla voidaan kysyä, onko Kelsenin perusnormi antanut osviittaa oikeuden kategorian ymmärtämiseksi vai vastauksen konkreettisia normijärjestyksiä koskeviin kysymyksiin.

Oma kantani on se, että Kelsenin puhdas oikeusoppi on kuin huteralta alustalta (uuskantilainen tieteenfilosofia) laukaistu monikärkiohjus; sen monet kärjistä ovat laatutyötä, mutta mikään ei osu aivan tarkasti kohteeseensa. Arvokkaita elementtejä Kelsenin ajattelussa ovat normin käsite ”puhtaana” ajateltuna pitämisenä, oikeusnormin voimassaolon ymmärtäminen oikeusjärjestykseen kuulumiseksi, ajatus normin pätevyydestä sen suhteena toisiin normeihin sekä normien pätevyysetjujen luonne normatiivisen sisällön konkretisoitumisena ja tähän sisältyvä oikeuden sisällöllisen alimääräytymisen (epätäsmällisyyden) ajatus, joka jättää tilaa aidoille valinnoille normien sisältöjä konkretisoitaessa. Perusnormin kaltaista oletettua transsendentaalista Arkhimedeen pistettä, jonka varassa sekä oikeusnormien luonne oikeusnormeina, oikeusjärjestyksen identiteetti että oikeudellinen pitäminen lepäisivät, ei mielestäni kuitenkaan tarvita selittämään oikeuden normatiivisuutta.

loksina. Ks. Vinx s. 24–28 demokratian, konstitutionalismin ja kansainvälisen oikeusrauhan yhdistymisestä Kelsenin legalistisessa utopiassa.

²⁸⁶ Ks. Jääskinen 2001a s. 106–107 oikeudellisista demokratiastandardeista ja niiden yhteydestä valtiollisiin traditioihin.

²⁸⁷ Ks. Kelsen RR s. 224–225. Aikaisemmasta kannastaan poiketen Kelsen piti Puhtaan oikeusopin toisessa laitoksessa mahdollisena anarkistia, joka juristina olettaa perusnormin päteväksi. Aiemmin (GLS s. 413) Kelsen oli katsonut, että anarkisti voi nähdä oikeussuhteet ainoastaan pitämisen ulkopuolisina valtasuhteina. Vinx (s. 54–55) pitää ensiksi mainittua tarkistettua näkemystä ongelmallisena siinä suhteessa, että anarkistinen oikeustieteen professori ei voi subjektiivisesti kokea opettavansa tiedettä yhtään sen enempää kuin ei-uskovainen katolisen teologian professori opettaessaan kirkon dogmeja tuntee opettavansa tiedettä.

6.1.3. Tunnistamissääntöjen pluralismi

Mark L. Jones esitti vuonna 1984 Hartin tunnistamissääntöön perustuvan analyysin yhteisön oikeuden luonteesta. Artikkelin heijastelee kirjoittamisajankohtansa tunteja. 1980-luvun alkupuolella oli ilmassa jo merkkejä yhdyntymisprojektin uudelleen käynnistymisestä, muun muassa Luxemburgin kompromissin murtumisesta ja yksimielisyysperiaatteesta luopumisesta neuvostossa. Jonesin artikkelista välittyy luottamus yhteisön oikeuden periaatteiden voittoon ja vastaavasti toive kansallisen tason vastarinnan jäämisestä ohimeneväksi ilmiöksi. Analyytisellä tasolla Jones pyrkii sekä osoittamaan Hartin ajattelutavan perusteltavuuden yhteisön oikeuden esimerkin valossa että valaisemaan yhteisön oikeuden olemusta vertaamalla Hartin tunnistamissääntökonstruktion selitysvoimaa suhteessa EY-oikeuteen ja suhteessa yleiseen kansainväliseen oikeuteen.

*Jones*²⁸⁸ tarkastelee yhteisön oikeutta oikeusjärjestyksenä Hartin teoriaan sisältyvien kolmen kriteerin pohjalta. Ensimmäinen kriteeri eli oikeusjärjestys primäärisääntöjen ja sekundäärisääntöjen yhteytenä täyttyy EY-oikeudessa ongelmitta, kun otetaan huomioon EY:n lainsäädäntövaltuudet sekä yhteisön oikeuden oikeussuojajärjestelmä, jonka muodostavat EY-tuomioistuimien ja kansalliset tuomioistuimet. Yhteisön oikeuden tunnistamissääntö on myös esitettävissä monimutkaisena kokonaisuutena, jonka muodostavat yhteisön oikeuden lähteitä ja niiden keskinäisiä suhteita koskevat periaatteet. Oikeusjärjestyksen olemassaolon toista kriteeriä eli yhteisön oikeuden sekundäärisääntöjen hyväksymistä viranomaisten toiminnan kriittisen arvioimisen yhteisinä julkisina standardeina Jones tarkastelee yhteisön tason omien viranomaisten näkökulmasta ja toteaa näiden näkökulman yhteisön oikeuteen epäilyksittä sisäiseksi. Oikeusjärjestyksen olemassaolon kolmas hartilainen kriteeri eli yhteisön oikeuden tunnistamissääntöjen mukaan pätevien velvollisuusnormien noudattaminen yleisellä tasolla on Jonesin mielestä asetettava suhteessa jäsenvaltioiden ja niiden viranomaisiin, koska nämä ovat EY-oikeuden primäärinormien ensisijaisia subjekteja. Jonesin mukaan jäsenvaltiot näyttävät yleisellä tasolla noudattavan yhteisöoikeudellisia velvoitteitaan; toisaalta yhteisön oikeuden tehokkuutta takaavat mekanismit olivat tuolloin vielä kehittymättömiä, eikä näiden velvoitteiden rikkomisesta voinut seurata varsinaisia sanktioita.²⁸⁹ Näin ollen yhteisön oikeuden primäärinormien tehokkuus riippui sen kyvystä tunkeutua kansalliselle tasolle ja turvata noudattamistaan siellä toimivien mekanismien avulla.

Yhteisön oikeuden erottaa yleisestä kansainvälisestä oikeudesta *Jonesin* mukaan sen konstitutionaalisuus, jonka ilmenemismuotoja ovat jäsenvaltioilta siirtyneet toimivallat ja tästä niille seuraavat pysyvät täysivaltaisuuden rajoitukset sekä yksityisten asema yhteisön oikeuden välittöminä subjekteina.²⁹⁰ Yhteisön oikeus edellyttää EY-tuomioistuimen määrittelemien perusperiaatteiden mukaan, että yhteisön oikeusjärjestystä sovelletaan jäsenvaltioissa sellaiseen pelkästään sen vuoksi, että jäsenvaltio on liittynyt yhteisöön. Hartin teorian näkökulmas-

²⁸⁸ Ks. Jones s. 17–27.

²⁸⁹ Unionioikeuden jäsenvaltioihin kohdistamista sanktioista ks. Jääskinen 2007 s. 425–427.

²⁹⁰ Ks. Jones s. 28–31.

ta yhteisön oikeuden voimassaolo jäsenvaltioissa ilmenee kysymyksenä siitä, onko fakta, että jäsenvaltioiden virnaomaiset ovat sisällyttäneet yhteisön oikeuden osaksi tunnistamissääntöään. Jonesin mukaan asetelma voidaan ilmaista joko niin, että yhteisön oikeus on voimassa jäsenvaltioissa erillisenä oikeusjärjestyksenä kansallisen oikeuden rinnalla, tai niin, että molemmat oikeusjärjestykset ovat jonkin monimutkaisemman tunnistamissäännön alaisia. Kummassakin tapauksessa kansalliset viranomaiset ovat yhteisön oikeuden alaisuudessa toimiessaan myös yhteisön viranomaisia.²⁹¹ Jones päätyy katsomaan, että kansalliset viranomaiset, varsinkin tuomioistuimet, joko jakavat yhteisen yhteisöoikeudellisen tunnistamissäännön tai ovat velvollisia pitämään kansallisia tunnistamissääntöjään keskenään samansisältöisenä, sikäli kuin kysymys on yhteisön oikeuden soveltamisalasta. Täten tunnistamissäännön sisältöä ja oikeusvaikutusta koskeva yhtenäinen soveltaminen yhdistää kansalliset oikeusjärjestykset ja yhteisön yhdeksi kattavaksi oikeusjärjestykseksi.²⁹²

Jonesin mukaan EY-tuomioistuimen oikeuskäytännössä kehittynyt yhteinen/yhtenevä tunnistamissääntö on olemassa faktana jäsenvaltioissa, koska jäsenvaltiot ja niiden viranomaiset ovat sen yleisellä tasolla hyväksyneet, vaikkakaan eivät täydellisesti sen kaikkia vaatimuksia. Hän viittaa tässä yhteydessä Ranskan hallintotuomioistuinten kieltäytymiseen tunnustaa direktiiveille välitöntä vaikutusta sekä Italian ja Saksan valtiosääntötuomioistuinten kieltäytymiseen hyväksyä etusijaperiaatetta suhteessa kansalliseen perusoikeusjärjestelmään. Näin ollen tunnistamissääntöön liittyy *penumbra of doubt*, ja yhteisön oikeuden olemassaoloon kansallisella tasolla voi liittyä osittainen epäonnistuminen tiettyjen seikkojen suhteen.²⁹³ Tärkein mekanismi, jonka avulla yhteisön oikeuden tunnistamissääntö on muuttunut olemassa olevaksi tosiseikaksi jäsenvaltioissa, on ennakkoratkaisujärjestelmä ja sen kautta kansallisel- lekin tasolle vakiinnutetut periaatteet yhteisön oikeuden etusijasta ja välittömästä vaikutuksesta.²⁹⁴

Jonesin artikkelin hartilainen perspektiivi ilmentää ajatusta yhteisön oikeuden tunnistamis- säännön vakiintumisesta yhteisen oikeusjärjestyksen tai oikeusyhteisön perustavaksi faktaksi, jonka olemassaoloa eivät poista ”epäilyksen puolivarjon alueella” jäljellä olevat tietyt oikeudelliset patologiat. Artikkelin jälkeinen kehitys, erityisesti Saksan *Bundesverfassungsgerichtin* Maastricht-tuomio ja muiden kansallisten ylimpien tuomioistuinten vastaavat linjanvedot muuttivat 1990-luvulla kuitenkin keskustelun perusteita. Kansallisten valtiosääntöjen vaatimus *Kompetenz-Kompetenzin* säilymisestä kansallisella tasolla ja sen hyväksyminen unionin perustuslakiprozessissa on korostanut tämän patologian pysyvää luonnetta. MacCormickin teoria EU-oikeuden ja kansallisen oikeuden väijäämättömästä pluralismista ilmentää tätä kehitystä.

²⁹¹ Ks. Jones s. 35, 36–37.

²⁹² Ks. Jones s. 45–46.

²⁹³ Ks. Jones s. 46–47. Hart pitää mahdollisena, että tunnistamissääntöön voi esimerkiksi vallankumousten, valtioiden itsenäistymisen ja perustuslaillisten kriisien yhteydessä liittyä samanlaista tulkinnanvaraisuutta kuin mihin tahansa yleiseen sääntöön. Ks. Hart s. 117–123 tällaisista oikeuden ”patologioista”.

²⁹⁴ Ks. Jones s. 48–53.

Richmondin kelseniläisin perustein esittämä EU-oikeuden ja kansallisen oikeuden välisten suhteen luonnetta koskeva väistämätön perspektivismi on lähtökohtana myös *Neil MacCormickilla*, joka antaa kysymyksenasettelulle hartilaisen muotoilun osana omaa postsuvereenin valtion teoriaansa. Hän – kuten Weylandikin – etsii vastausta kysymykseen, miten unionioikeus ja sen sisältämä etusijaperiaate on yhdistettävissä Yhdistyneen Kuningaskunnan valtiosäännön ylimmästä periaatteesta eli parlamentin ylivallasta (*Supremacy of Parliament*) johdettuun oppiin, jonka mukaan parlamentti voi tehokkaasti päättää kaikesta muusta, mutta se ei voi päätöksellään sitoa seuraavan parlamentin päätösvaltaa eikä kumota omaa valtaansa.

*MacCormick*²⁹⁵ ottaa tarkastelun perustaksi Hartin näkemyksen oikeusjärjestyksestä primäärisääntöjen ja sekundäärisääntöjen yhteytenä ja viimeksi mainittujen jakamisen oikeudenkäytösääntöihin (*rules of adjudication*), muuttamissääntöihin (*rules of change*) ja tunnistamissääntöön (*rule of recognition*). Hartin teoriassa muuttamissäännöt määrittelevät keinot, joilla oikeusjärjestyksen sisältöä voidaan muuttaa, ennen kaikkea lainsäädäntöelinten toimivallan. Tunnistamissääntö puolestaan osoittaa kriteerit, joiden avulla voidaan tunnistaa oikeusjärjestykseen pätevästi kuuluvat säännöt sekä määrittää niiden välinen hierarkia.

MacCormickin mielestä Hartin tunnistamissäännön sisältämistä voimassaolokriteereistä tärkeimmälle antama muotoilu – ”Whatever the Queen enacts in Parliament is law” – osoittaa, että tämä ei ole riittävästi pohtinut tunnistamissäännön ja muuttamissäännön välistä suhdetta, koska muotoilu viittaa pikemminkin juuri muuttamissääntöön kuin tunnistamissääntöön. Jotta näille kahdelle käsitteelle nähtäisiin mielekäs oikeusteoreettinen funktio, ne on *MacCormickin* mukaan ymmärrettävä niin, että muuttamissääntö on luoteeltaan kompetenssinormi, kun taas tunnistamissääntö on velvollisuusnormi. Tällä tavoin päästään konstitutionaalisessa oikeusvaltiossa välttämättömään ratkaisuun, jossa viranomaisia velvoittavat voimassa olevien oikeusnormien tunnistamisen kriteerit viittaavat lainsäädäntöelimen toimivaltaan muuttaa oikeusnormeja antamalla tai kumoamalla oikeusjärjestyksen sisältöä.

Edellä esitetyn analyysin pohjalta *MacCormick* katsoo, että parlamentti voi muuttamissäännön mukaisesti muuttaa tunnistamissääntöä lisäämällä uusia kriteerejä sille, mitä on pidettävä voimassa olevana oikeutena. Näin tapahtui, kun parlamentti EY-jäsenyyden yhteydessä antoi *European Communities Actin*, joka sisältönä on saattaa välittömästi vaikuttava EU-oikeus, mukaan luettuna sen yleiset periaatteet, osaksi Yhdistyneen Kuningaskunnan oikeusjärjestystä. Tämän toimen seurauksena unionioikeus on tullut osaksi Britanniassa voimassa olevaa oikeutta. Voimaansaattamissäädös merkitsi *MacCormickin* mielestä myös itsessään sitä, että *lex posterior*-sääntö syrjäytettiin sikäli kuin kysymys on myöhemmin annettujen parlamenttilakien ja EU-oikeuden välisistä konflikteista. Muuttamalla tunnistamissääntöä tällä tavoin

²⁹⁵ Ks. alla olevasta *MacCormick* 2001 s. 82–95.

parlamentti ei kuitenkaan kumonnut muuttamissääntöön sisältyvää toimivaltaansa kumota em. laki ja pätevästi päättää Yhdistyneen Kuningaskunnan yksipuolisesta unionista eroamisesta.²⁹⁶

*MacCormickin*²⁹⁷ mukaan on epärealistista katsoa, että unionioikeus ja kansalliset oikeusjärjestykset muodostavat yhden oikeusjärjestyksen. Kysymys on pikemminkin vuorovaikutuksessa toisiinsa nähden olevista järjestelmistä, ja jotkin unionioikeuden sisältämät instituutiot – esimerkiksi perussopimusten voimaantulo ja neuvoston kokoonpano – määrittyvät kansallisen oikeuden kautta. Tämän vuoksi pluralistinen näkemys EU-oikeuden, kansainvälisen oikeuden ja kansallisen oikeuden välisistä suhteista on puolustettavampi kuin niiden välistä hierarkiaa edellyttävät monistiset näkemykset.

Oikeudellinen pluralismi tarkoittaa *MacCormickille* sitä, että kussakin jäsenvaltiossa sen oma valtiosääntö pätevöittää oman oikeusjärjestyksen. Unionioikeuden pätevyys jäsenvaltioissa on seurausta siitä, että niiden valtiosääntö tunnustaa unionioikeuden oikeusvaikutukset mukaan luettuina etusijaperiaate ja välitön oikeusvaikutus. Unionioikeuden sisältö ei puolestaan riipu jäsenvaltioiden valtiosäännöistä: kysymys ei siten ole eri jäsenvaltioissa samansisältöisinä voimassa olevien normien kokoelmasta vaan erillisestä yhteisestä oikeusjärjestyksestä. Tästä puolestaan seuraa se, kunkin oikeusjärjestyksen näkökulmasta sen ylintä tulkintavaltaa käyttävät sen omat organit. Näin ollen EY-tuomioistuin on unionioikeuden ylin tulkitsija, mutta kunkin jäsenvaltion ylimmät tuomioistuimet sen oman konstituution ylimpiä tulkitsijoita. Tämä koskee myös unionioikeuden suhdetta kansalliseen valtiosääntöön. *MacCormickin* mukaan tällainen radikaali pluralismi antaa mahdollisuuden ratkeamattomaan konstitutionaaliin konfliktiin, mutta ”not every legal problem can be solved legally”.²⁹⁸

MacCormickin esittämässä ajatuksenkulussa heijastuvat Yhdistyneen Kuningaskunnan valtiosäännön erityispiirteet. Niitä ovat toimivaltaa tai menettelyä koskevien eroavaisuuksien puuttuminen niiden tilanteiden väliltä, joissa parlamentti toimii lainsäätäjänä tai perustuslain säätäjänä, sekä muodollisen konstituution kehittymättömyys ja materiaalisen konstituution laajalti tavanomaisoikeudellinen luonne. Hänen havainnoillaan on tästä huolimatta kuitenkin laajempaa oikeusteoreettista merkitystä.

²⁹⁶ Kysymys jäsenvaltion mahdollisuudesta erota unionista ilman muiden jäsenvaltioiden suostumusta (sesessio) on herättänyt melkoista oikeudellista ja poliittista huomiota, koska se on eräänlainen jäsenvaltioiden poliittisen itsenäisyyden lakmus-testi. Faktisesti eroamismahdollisuutta on pidetty selvänä, samoin ilmeisesti useimpien jäsenvaltioiden kansallisen valtiosäännön kannalta. Toisaalta sen on katsottu vaativan sekä kansainvälisoikeudellisesti että unionioikeudellisesti kaikkien jäsenvaltioiden suostumusta, vaikka joskus eroamismahdollisuutta on voitu pitää unionin *finalitén* vastaisena. Perustuslakisopimus ja Lissabonin sopimus tunnustavat eksplisiittisesti jäsenvaltion oikeuden erota unionista, mutta tällä ei sinänsä poisteta eroa oikeudenvastaisen ja perussopimusten mukaisen eroamisenmenettelyn välillä.

²⁹⁷ *MacCormick* 2001 s. 116–119.

²⁹⁸ *MacCormick* 2001 s. 119. Hän pitää kuitenkin radikaalia pluralismia toivottavampana kansainvälisen oikeuden alaista pluralismia, jossa jonkinlainen kansainvälinen välitys tai lainkäyttö voisi olla ratkaisuna EY-tuomioistuimen ja ylimpien kansallisten tuomioistuinten ylitsepääsemättömässä konfliktissa. (mts. 121) Tähän on syytä todeta, että ratkaisu on positiivisoikeudellisesti mahdoton, koska jäsenvaltiot ovat sitoutuneet ratkaisemaan perussopimusten tulkintaa ja soveltamista koskevat riidat vain EY-sopimuksessa tarkoitettulla tavalla (EY 292 vrt. EU 46).

Ensiksikin voidaan todeta se seikka, että hänen ajattelussaan unionioikeuden pätevyysperuste on jäsenvaltioiden näkökulmasta selvästi niiden omaan materiaaliseen konstituutioon kuuluva normi, minkä vuoksi ylimmät valtiosäännön kansalliset tulkintaorganit eivät voi koskaan tunnustaa EY-tuomioistuimelle rajatonta tulkintavaltaa EU-jäsenyyden oikeudellisista vaikutuksista suhteessa kansalliseen valtiosääntöön. Vaikka hän haluaisikin, että olisi olemassa kansainvälisoikeudellisia keinoja tällaisten pluralismin tuottamien konfliktien ratkaisemiseksi, kysymys on tavallaan oikeuden rajan ulkopuolelle jäävistä asioista: oikeudellisesta ongelmas- ta ilman oikeudellista ratkaisua.

Toinen merkille pantava asia on se, että MacCormick analysoi tunnistamissäännön merkitystä samoin kuin sen suhdetta muuttamissääntöön tavalla, jossa *rule of recognition* on pikemmin- kin normatiivinen tunnistamissääntö kuin episteeminen tunnistamissääntö. Kysymys on vel- vollisuusnormista, joka ilmaisee oikeusnormien pätevyyden äärimmäiset kriteerit (*ultimate criteria of validity*). Tunnustamissääntönä *rule of recognition* ei pelkästään ole empiirisenä sosiaalisena faktana ilmenevän viranomaiskäytännön tulkinta sisäisestä näkökulmasta näiden velvoittavaksi kokemaksi normatiiviseksi säännöksi, vaan peruste (*ground*), jonka nojalla muuttamissäännön ilmaisemaa toimivaltaa käyttämällä luodut aktit ilmaisevat oikeusnormeja, siis oikeudellista pätevyyttä. Funktioltaan tunnistamissääntö täyttää siten saman tehtävän kuin Kelsenin perusnormi, mutta MacCormickille kysymys ei ole oletetusta transsendentaalisesta ajatusvälttämättömyydestä vaan tavanomaisoikeudellisesta metakonstitutionaalisesta normis- ta, jonka olemassaolo on luonteeltaan institutionaalinen fakta. Olennaista on siten tämän tun- nistamissäännön paikallistaminen jäsenvaltioiden kansallisiin oikeusjärjestyksiin, ja sitä seu- raava yhteisen sekä unionioikeuden että kansalliset oikeudet käsittävän yhteiseurooppalaisen oikeusjärjestyksen puuttuminen, tunnistamissääntöjen pluralismi.

6.1.4. Yhteisön oikeus itsensä pätevöittävänä autonomisena oikeusjärjestykse- nä

René Barentsin teos *The Autonomy of Community Law* on monessa suhteessa poikkeukselli- nen kirja. Sen lähde pohja on uskomattoman laaja²⁹⁹, mitä selittää kirjoittajan toiminta paitsi professorina Maastrichtin yliopistossa, myös EY-tuomioistuimen informaatio- ja tutkimus- osastolla. Se on metodisesti omaperäinen; argumentaatio on käsitelainopillista, jopa skolastis- ta. Tutkimustehtävänä on selvittää, onko käsite autonominen oikeusjärjestys kattava selitys yhteisön oikeuden luonteelle ja suhteelle muihin oikeusjärjestyksiin. Barentsin ajatusten yh- teydessä on myös välttämätöntä väliaikaisesti luopua tässä tutkimuksessa muutoin omaksutus- ta käytännöstä puhua unionioikeudesta, koska Barents rajaa kohteekseen nimenomaan yhtei- sön oikeuden. Oikeusteorian kannalta merkittävää Barentsin tutkimuksessa on kuitenkin aja- tus siitä, että vastauksen oikeusteorian tason kysymyksiin katsotaan sisältyvän inherentiksi yhteisön oikeuden materiaaliseen sisältöön, erityisesti sisämarkkinoiden käsitteeseen. Sisä-

²⁹⁹ Kirjassa ei ole erillistä lähdeluetteloa, mutta siteerattujen lähteiden lukumäärä lienee lähempänä tuhatta käsit- täen ilmeisen kattavasti myös 1950- ja 60-luvun keskustelun integraation oikeudellisesta ja valtiosääntöisestä luonteesta.

markkinat ovat käsitettävissä vain suhteessa tiettyyn oikeudelliseen regiimiin, ja tätä regiimiä käsitteellisesti koossa pitävä ”johtojatus” on autonomian käsite, jonka avulla voidaan selittää se, mitä yhteisön oikeus on, ja, mitä se ei ole.

Barentsin mielestä yhteisön oikeuden autonomian perustana ei ole unionitason *pouvoir constituantin* käyttö tai muunlainen ensimmäiseen perustuslakiin rinnastuva pätevyysperuste. Hän torjuu myös yritykset perustella yhteisön oikeutta kokonaisvaltaisella monistisella periaatteella, koska se johtaisi epärealistiseen käsitykseen, jossa jäsenvaltioiden oikeusjärjestykset olisivat kuin osavaltioiden oikeusjärjestyksiä liittovaltiossa, ja sellaisina muuttuneet juridisen valankumouksen kautta syntyneen yhteiseurooppalaisen järjestyksen osiksi. Toisaalta ovat *Barentsin* mielestä epäonnistuneita yritykset kuvata yhteisön oikeuden ja kansallisten oikeusjärjestysten suhde koordinoituiksi ja integroituneiksi oikeusjärjestyksiksi taikka alistaa yhteisön oikeuden pätevyys kansallisille valtiosäännöille. Hän pitää myös käsitteitä ylikansallisuus tai unionin perustuslaillistumiskehitys harhaanjohtavina, viimeksi mainittua siksi, että yhteisön oikeus on itsessään ja määritelmän mukaisesti konstitutionaalinen järjestys.

*Barentsin*³⁰⁰ mielestä yhteisön oikeuden autonomian perustana ovat (yksinomaan) perustamisopimukset. Yhteisön oikeuden erityisluonne – sen luonne yhteisön oikeutena (*Community character*) – on siinä, että sen toiminta ja olemassaolo voidaan selittää vain sen oman sisällön perusteella. Yhteisön oikeus on itseensä viittaava (*self-referential*) oikeusjärjestys. Käsitteellistämällä ja tulkitsemalla yhteisön oikeutta tällaisena autonomisena järjestyksenä vältetään lisäämstä siihen elementtejä, jotka eivät kuulu siihen, sekä riistämstä siltä sen olennaisia luonteenpiirteitä, mihin johtaisi yhteisön oikeuden tarkastelu kansallisen valtiosääntöoikeuden näkökulmasta. Yhteisön oikeuden luonne autonomisena järjestyksenä liittyy keskeisesti EY-tuomioistuimen asemaan konstitutionaalisenä orgaanina, joka tulkitsemalla yhteisön oikeuden käsitteitä ja järjestelmää sen omista lähtökohdista on tuonut näkyväksi yhteisön oikeuteen itsessään käsitteellisesti sisältyvän (*inherentin*) järjestyksen. EY-tuomioistuin on olennainen edellytys yhteisön oikeuden autonomialle, koska yhteisö ei ole valtio, joka voi pysyä olemassa ilman valtiosääntötuomioistuinta, toisin kuin yhteisö. Tämä liittyy siihen, että Euroopan yhteisö samaistuu pohjimmiltaan yhteisön oikeuteen, se on oikeusyhteisö (*communauté de droit* tai *Rechtsgemeinschaft*).

Barentsin mielestä yli puolen vuosisadan kehitys ei ole synnyttänyt yhteistä poliittista näkemystä eurooppalaisesta yhteiskunnasta tai sen tulevaisuuden konstitutionaalisesta perustasta, mistä myös EU:n ”hybridiluonne” on osoituksena. Autonomia on käsitteellinen selitys sille, että yhteisön oikeus ylittää traditionaalisen binäärisen luokittelun, jossa julkisoikeus on joko valtiosääntöoikeutta tai kansainvälistä oikeutta, koska se mahdollistaa valtiosta ja suvereniteetista käsitteellisesti riippumattoman julkisoikeudellisen järjestyksen ymmärtämisen. Lopulta yhteisön oikeuden autonomia selittää paremmin kuin teoriat integroituneesta tai yhteisestä

³⁰⁰ Ks. *Barents* s. 312–314.

oikeusjärjestyksestä yhteisön oikeuden ja kansallisten oikeuksien välisessä suhteessa ilmenevän oikeusjärjestysten kilpailun tai konstitutionaalisen pluralismin.

Miten sitten yhteisön oikeuden sisältö, perustamissopimukseen inherentisti kätkeytyvä järjestys tai järjestelmä, tekee teorian yhteisön oikeudesta autonomisena oikeusjärjestyksenä välttämättömäksi? Vastaus tähän löytyy sisämarkkinoiden käsitteestä, jonka juuret ovat Saksan yhdistymiseen liittyvässä 1800-luvun julkisoikeudellisessa teoriassa ja taloudellista konstitutiota (*Wirtschaftsverfassung*) koskevassa 1900-luvun keskustelussa. Kun yhteisön tavoitteena on luoda yhteinen taloudellinen järjestys, jossa vaihdanta tapahtuu kuin yhdessä valtiossa, sen oikeusjärjestyksen on pakko olla itseensä viittaava ja riippumaton muista ulkoisista tai sisäisistä normijärjestyksistä:

”Because of its inherent unity Community law constitutes a legal order. The indivisible nature of Community law follows from the concept of internal market which represents the foundation and therefore the *raison d’être* of this law, since only through the establishment and functioning of a single market can the objectives set out in Article 2 EC be attained. Within the scope of the internal market, any unilateral measure of national law inevitably results in its geographical portioning as a result of which this market loses its single character and, as a consequence, Community law is deprived its ‘Community’ character. The conclusion is that, from a theoretical point of view, Community law constitutes an intrinsic unity. Again from the same point of view, this nature of Community law implies that it can only be perceived as a system of law taking legally independent position vis-à-vis national legal orders.”³⁰¹

Yhteisön oikeuden autonomiasta seuraa Barentsin mukaan se, että yhteisön oikeuden voima-saolo tai soveltaminen jäsenvaltioiden alueella ei voi riippua jäsenvaltioiden kansallisista oikeusjärjestyksistä. Jos kansalliselle oikeudelle annettaisiin merkitystä tässä suhteessa, se merkitsisi yhteisön jakamista yhtä suureen osaan kuin on jäsenvaltioita, mikä estäisi yhteisön oikeuden käsitteellistämisen yhtenäiseksi kokonaisuudeksi (*intrinsic unity*) ja riistäisi yhteisön oikeudelta sen yhteisöllisen luonteen ja olemassaolon tarkoituksen. Yhteisön oikeus ei ole riippumaton kansallisesta oikeudesta, mutta viimeksi mainittu edustaa sille tavallaan faktoja, ei sen sisältöön ja pätevyyteen vaikuttavaa oikeudellista järjestystä.³⁰² Yhteisön oikeus merkitsee kansallisen oikeuden ”denationalisointia”. Kansallinen oikeus maantieteellisessä merkityksessä ei enää ole pelkästään kansallista, koska julkista valtaa käyttävät osittain ”ulkomaiset” julkisorganit, siis yhteisön toimielimet.³⁰³ Yhteisön oikeus tunkeutuu kansalliseen oikeusjärjestykseen siirtämällä syrjään kansallisen oikeuden ja korvaamalla sen, minkä seurauksena on myös kansallisen oikeuden vakiintuneiden rakenteiden järkkäminen. Yhteisön oikeus ei siksi integroidu osaksi kansallista oikeutta vaan kysymys on oikeusjärjestysten kilpailusta.³⁰⁴

Kuten *Pavlos Eleftheriadis* on todennut, Barentsin käsitys kansallisen oikeuden merkityksestä yhteisön oikeuden soveltamiselle jää kuitenkin epäselväksi, koska tämä ei käsitteellisesti tee riittävää eroa niiden vuorovaikutuksen normatiivisen ja deskriptiivisen tarkastelun välillä.

³⁰¹ Barents s. 217. Laajalla sitaatilla illustroin paitsi hänen argumentaatiotaan, myös sen tapaa.

³⁰² Ks. Barents s. 239–240.

³⁰³ Ks. Barents s. 310.

³⁰⁴ Ks. Barents s. 311.

Hänen mielestään Barentsin teoria on myös implisiittisesti kelseniläinen rekonstruktio yhteisön oikeuden omasta pätevyysvaatimuksesta, jonka formaali ajattelutapa jää kuitenkin liian kauaksi oikeuden todellisuudesta.³⁰⁵

Tämän tutkimuksen kannalta on olennaista huomata se, että kilpailevien oikeusjärjestysten asetelmassa jää epäselväksi, miksi kansallinen tuomari suostuisi olemaan myös EU-tuomari. Se, että yhteisön oikeus vaatii häntä soveltamaan lojaalisti itseään, ei vastaa kysymykseen, miksi tätä normatiivista vaatimusta pidetään pätevänä. Tämä ei ole ymmärrettävissä muutoin kuin jonkin kansalliseen oikeusjärjestykseen sisältyvän tai sen edellyttämän normin pohjalta. Barentsin yhteisön oikeuden autonomiaa koskeva teoria on siten lopputuloksiltaan lähellä MacCormickin kuvaamaa radikaalia pluralismia yhteisön oikeuden näkökulmasta tarkasteltuna. Tällöin tarkastelu palaa kysymykseen tunnistamissäännöstä.

Barentsin käsitys, jonka mukaan yhteisön oikeuden pätevyys ei voi perustua kansalliseen valtiosääntöön ilman, että yhteisön oikeus samalla hajoaa jäsenvaltiokohtaisiksi osajärjestyksiksi, edustaa yleistä, mutta mielestäni virheellistä ajatusrakennelmaa, jossa voimassaolon dynaaminen ja staattinen tarkastelu sekoittuvat. Unionioikeus on sopimuspohjainen oikeusjärjestys, siis yhteinen normijärjestys; EU:n perussopimusten voimassaolo perustuu siihen, että jokainen jäsenvaltio on ne sopimuspuolena ratifioinut. Ratifiointiakti on oikeudellisesti määrittävä teko. Sen olemassaoloa voidaan arvioida normatiivisesti sekä kansainvälisen oikeuden että kansallisen oikeuden valossa. Kumpakin reittiä päädytään kuitenkin kansallisen valtiosäännön kompetenssinormeihin. Näin ollen ja kun unionioikeuden normeilla on aina oltava oikeusperusta perussopimuksissa, jokaisen unionioikeudellisen normin pätevyysketju voidaan ulottaa kansalliseen valtiosääntöön ja haluttaessa sen pätevöittävään perusnormiin taikka sen pätevöittävään kansainväliseen oikeuteen ja tämän perusnormiin.

Kun unionin perussopimusten voimaantulosta johtuvat velvoitteet ovat syntyneet, ne jatkavat voimassaoloaan yhtenäisenä normatiivisena merkityksenä, jonka sisältö on *mutatis mutandis* sama kaikille jäsenvaltioille ja riippumaton sen syntyyn johtaneiden kansallisten kompetenssinormien mahdollisesti asettamista rajoituksista. Unionioikeudellisen kaltaisen järjestyksen synty edellyttää osapuolilta kompetenssia ja sen käyttämistä, mihin mahdollisesti liittyvillä oikeudellisilla virheillä on vain se vaikutus, jonka sopimukseen sovellettava normatiivinen järjestys, tässä tapauksessa siis unionioikeus, niille antaa. Tätä ilmentää sekä yleiseen kansainväliseen oikeuteen että unionioikeuteen sisältyvä periaate, joka kieltää kansalliseen ratifiointimenettelyyn tai kansalliseen voimaansaattamiseen mahdollisesti liittyneiden virheiden oikeudellisen merkityksen niiden itsensä kannalta. Kelseniläisestä näkökulmasta tällaisten ”yhteisten” oikeusjärjestysten kansalliseen antamisaktiin (kuten ratifiointiin) liittyvä virhe ei ole niihin sisältyvän normin kumottavuuden mahdollistava seikka, jos virhe ei koske niihin itseensä sisältyvän normin loukkaamista. Jos tällaisen yhteisen oikeusjärjestyksen materiaallisen konstituution tason syntyyn vaikuttavat kompetenssinormit – esimerkiksi kansalliseen

³⁰⁵ Ks. Eleftheriades 2004 s. 867–868.

valtiösääntöoikeuteen sisältyvät rajoitukset – estävät osapuolta noudattamasta myöhemmin velvoitteitaan, kysymys on sopimusrikkomuksesta, ei siitä, että sopimuksen luoma normatiivinen kenttä olisi erilainen eri osapuolille. Näin ollen autonomisella järjestyksellä voi olla dynaamisesti normatiivinen sukupuoli (*pedigree*) toisessa oikeusjärjestyksessä ilman, että tämä merkitsisi staattisesti sen sisältöä ja oikeusvaikutuksia koskevan autonomian poistumista.³⁰⁶

Barentsin rekonstruktio on formaalisuudestaan huolimatta järkeenkäyvä analyysi siitä, miten yhteisön oikeus näyttäytyy sille, jonka tehtävänä on tarkastella asioita tai soveltaa yhteisön oikeutta nimenomaan EU-perspektiivistä. Tämä tarkoittaa esimerkiksi EY-tuomareita, toimielinten lakimiehiä tai oikeustieteilijöitä, joiden tarkastelun kohteena on yhteisön oikeuden tai unionioikeuden sisältö. Tästä näkökulmasta unionioikeus ei voi näyttäytyä muuna kuin autonomisena oikeusjärjestyksenä, siis oikeudellisesti jäsenvaltioiden kansallisesta oikeudesta riippumattomana. Tuolloin kansallinen oikeus ilmenee *Barentsin* kuvaamalla tavalla ”faktiona”, kuten jäsenvaltioiden edustajien tahdonilmaisuuksina tai jäsenvaltioiden sopimusrikkomuksina.³⁰⁷ Tämä tuottaa unionioikeudelle myös sen ”retrospektiivisen vääjäämättömyyden”; jälkikäteen tarkastellen se ei olisi voinut kehittyä muunlaiseksi.³⁰⁸

Jos edellä esitetty argumentaatio hyväksytään, ei unionioikeuden itseensä viittaavan autonomian tunnustaminen edellytä yhtymistä siihen epärealistiseen näkemykseen, että unionioikeuden voimassaolo jäsenvaltioiden alueella ei olisi riippuvainen jäsenvaltioiden valtiosäännöstä. Liioin ei ole tarpeen hyväksyä ajatusta unionioikeuden ja kansallisen oikeuden suhteesta pelkästään oikeusjärjestysten kilpailuna, siis kansallisen syrjäytymisenä tai sen korvautumisena unionin oikeudella, koska unionioikeuden tehokkuus on keskeisesti kansallisen oikeuden varassa. Tästä ovat esimerkkeinä direktiivien lainsäädännöllinen täytäntöönpano ja unionioikeuden soveltaminen kansallisen prosessiautonomian pohjalta, joissa kummassakin kansalliset oikeusnormit kietoutuvat yhteen unionioikeuden kanssa integroituneeksi kokonaisuudeksi.

³⁰⁶ Finnisin (s. 63–65) mukaan voimassaolevia normiseuraantosääntöjä (*rules of succession of rules*) vastaan ei voida vedota oikeusnormin antamisen perustan aikaan olleeseen kompetenssinormiin. Näin ollen yhteisön oikeus voi itse ratkaista omien normiensä pätevyyden, vaikka sen voimassaolo jäsenvaltion alueella perustuisi sekä dynaamisesti että staattisesti kansalliseen valtiosääntöön. (Ks. tarkemmin jäljempänä 6.2.1.) Yhteisön oikeuden staattinen voimassaolo riippuu kansallisista valtiosäännöistä siinä merkityksessä, että jäsenvaltiot voivat erota unionista ja purkaa unionin. Hartley toteaa, että yhteisön oikeus ei ole samassa merkityksessä itsenäinen kuin esimerkiksi Kanadan oikeusjärjestys, jonka perustuslaki irrotettiin vuonna 1982 annetulla brittiläisellä lailla Yhdistyneen Kuningaskunnan parlamentin päätösvallasta. Sillä, että Britannian parlamentti *Supremacy of Parliament*-doktriinin mukaisesti kumoaisi Kanadan perustuslain, ei olisi mitään normatiivisia vaikutuksia Kanadassa. Jäsenvaltioiden päätös kumota unionin perussopimukset tai yksittäisen jäsenvaltion ero unionista lopettaisi sen sijaan unionioikeuden vaikutukset kokonaan tai osittain valtiossa. Näin olleen unionioikeus ei ole itsenäinen samassa merkityksessä kuin Kanadan oikeus, vaikka se onkin erillinen suhteessa kansainväliseen oikeuteen tai kansalliseen oikeuteen. Ks. Hartley s. 138–148. Eleftheriadisin mielestä oikeudellinen teoria, jonka seurauksena EU-oikeudella on ylin auktoriteetti, on ”a politically absurd proposition, supported by no one except, perhaps, specialists in European Community Law” Eleftheriadis 1998 s. 256–257.

³⁰⁷ *Barents* korostaa kuitenkin, että jäsenvaltioiden rooli unionioikeudessa ei rajoitu tähän, vaan ne ovat esimerkiksi erityisasemassa yhteisön oikeuden subjekteina. Ks. *Barents* s. 304–309.

³⁰⁸ Ks. McCormick 2001 s. 107: ”... the path that Community has taken now seems to have a kind of retrospective inevitability. When we see what the makers have wrought, we are apt to think, ‘But how could they have done otherwise’.”

6.2. Oikeusjärjestyksen eurooppalaistumisen käsitteellinen rekonstruktio

6.2.1. Äärinormeista kontekstuaaliseen oikeusjärjestykseen

Edellisten kappaleiden tarkastelun pohjalta voidaan mielestäni tehdä seuraavat johtopäätökset:

Kelsenin perusnormikonstruktio johtaa EU-oikeuden ja kansallisen oikeuden välistä suhdetta tarkasteltaessa perspektivismiin, joka yhtäältä näyttää oikeusteoreettisesti mahdolliselta tavallista kuvata normatiivista todellisuutta, mutta toisaalta se ei mahdollista nimenomaan eurooppalaistumisena ilmenevän kahden oikeusjärjestyksen interaktion tyydyttävää ymmärtämistä. *Weylandin* ratkaisu perspektivismiin eli kansallisen oikeuden ja EU-oikeuden ymmärtäminen yhdeksi saman perusnormin pätevyttämäksi oikeusjärjestykseksi käsitteen kelseniläisessä merkityksessä on ristiriidassa positiivisen oikeuden itseymmärryksen kanssa.³⁰⁹ Se ei tietysti houkuttelevuudestaan huolimatta myöskään näytä oikeusteoreettisesti perustellulta, sikäli kuin sen hyväksymisen edellyttäisi normikonfliktien ymmärtämistä loogisiksi ristiriidoiksi. *Bindreiterin* Kelsen-rekonstruktio johtaa lopputulokseen, jossa oikeuspositivismi korvataan jonkinlaisella eurooppapoliittisella idealismilla ja menetetään samalla mahdollisesti voimassa olevan unionioikeuden oikeudellinen pätevyys. *Schillingin* ajatus kansainväliseen oikeuteen perustuvasta unionioikeuden johdetusta autonomiasta on realismistaan huolimatta käytännön kannalta ongelmallinen ja perustuu pohjimmiltaan käsitelainopilliseen teoriaan alkuperäisestä perustuslakia säätävästä vallasta. *Grussmann* päätyy ajattelussaan unionioikeuden ja kansallisen oikeuden välisen suhteen ymmärtämiseen *Seinin* eikä *Sollenin* maailmaan kuuluvaksi asiaksi; samalla perusnormikonstruktio näyttää kadottavan selitysvoimansa, kun se voi pätevyittää sekä tietynsisältöisen normin että sen loogisen vastakohtan.

Ehkä sofistikoituin ja samalla murskaavin kritiikki Kelsenin ajatuksia kohtaan sisältyy *John Finnisin* vuonna 1973 julkaisemaan, kelseniläistä oikeudellisen vallankumouksen käsitystä tarkastelemaan artikkeliin. Artikkelin lähtökohtana on Kelsenin teoksissaan *General Theory of Law and State* ja *Reine Rechtslehre* esittämä käsitys vallankumouksen käsitteen oikeudellisesta merkityksestä.³¹⁰ Kelsenin mukaan vallankumous samaistuu konstitutionaaliseen epäjatkuvuuteen eli voimassa olevan materiaallisen konstituution vastaisesti tapahtuneeseen uuden konstituution antamiseen. Tällöin pätevyysketjut katkeavat suhteessa vallankumousta edeltä-

³⁰⁹ Ks. normatiivisen asymmetrian perustumisesta EY-tuomioistuimen oikeuskäytäntöön esitystä edellä jaksossa 1.5. viitteen 36 kohdalla.

³¹⁰ Kelsen 1963/2000 s.213: "Eine Revolution im weiteren, auch den Staatsstreich umfassenden Sinn des Wortes ist jede nicht legitime, das heißt: nicht gemäß den Bestimmungen der Verfassung erfolgte Änderung dieser Verfassung oder ihre Ersetzung durch eine andere." Tällainen muutos on kansainvälisen oikeuden kannalta oikeutta luova fakta, ks. Kelsen 1946 s. 368–369. Finnisin mukaan jokainen vallankaappaus ei ole välttämättä eikonstitutionaalinen vallankumouksellinen muutos. Näin esimerkiksi, jos varapresidentti surmaa presidentin ja hänestä tulee perustuslain mukaan automaattisesti valtion päämies, eikä oikeusjärjestyksessä ole yleistä omasta lainvastaisesta menettelystä hyötymisen kieltävää normia. Ks. Finnis s. 50.

neen ajan ensimmäiseen historialliseen konstituutioon ja sen pätevöittävään perusnormiin, ja vallankumouksen jälkeisen uuden konstituution pätevyys edellyttää uuden perusnormin oletamista.

Kelsenin teoria sai 1950- ja 1960-luvuilla myös käytännöllistä merkitystä, kun itsenäistyneiden siirtomaiden tuomioistuimet viittasivat siihen perusteluna uuden oikeusjärjestyksen pätevyyden tunnustamiselle. Myös itsenäisyyden poliittisessa toteuttamisessa pyrittiin huolehtimaan siitä, että menettelyyn sisältyi jonkin sellainen vaihe, jota ei voitu pitää siirtomaaisännän oikeusjärjestyksen mukaisena, jotta uutta oikeusjärjestystä voitaisiin pitää kelseniläisesti uutena.³¹¹ Finnis yhdistää Kelsen-kritiikkiinsä H.L.A.Hartin ja Alf Rossin 1960-luvulla käymään keskusteluun itse itseensä viittaavista normeista ja niiden yhteydestä konstituution vaihdoksiin.

Finnisin mukaan Kelsenin vallankumouskäsitteen ongelma liittyy siihen, että se ei selitä oikeusjärjestyksen mahdollisuutta jakautua laillisessa järjestyksessä kahdeksi oikeusjärjestykseksi, kuten esimerkiksi siirtomaiden itsenäistyessä tapahtuu. Tämä johtuu siitä, että Kelsenillä jo kumotut konstituutiot pysyvät jossain merkityksessä osana nykyisen perusnormin pätevöittämää oikeusjärjestystä, jos ne on kumottu niiden itsensä säätämällä tavalla.

Tätä ajatusta voidaan havainnollistaa Suomen valtiosääntökehityksellä.³¹² Suomen autonomian aikaisen konstituution pätevyyden perustaksi lieene katsottava keisarikunnan Venäjän itsevaltainen materiaaalinen konstituutio. Sen nojalla Aleksanteri I saattoi pätevöittää Suomen suuriruhtinaskunnalle oman konstituution. Jos katsotaan, että siirtymä itsenäistymisen jälkeen vuoden 1919 hallitusmuotoon tapahtui konstitutionaalisesti oikeassa järjestyksessä, näyttää Kelsenin teoria johtavan siihen, että Venäjän keisarikunnan konstituutio historiallisena konstituutiona ja sen pätevöittänyt perusnormi vieläkin olisivat jossakin merkityksessä osa Suomen voimassaolevaa valtiosääntöä ja sitä kautta Suomessa annettavien oikeusnormien pätevyysketjuja. Finnisin katsoo, että Kelsenin teoriassa ei kyetä tekemään eroa tällä hetkellä olemassa olevan kompetenssinormin ja sen antamisen perustana olevan, mutta jo kumotun kompetenssinormin pätevyyden välillä.³¹³

Finnisin mielestä oikeusnormin ajallisen voimassaolon ongelma voidaan ratkaista vain oletamalla seuraava yleinen periaate: oikeusnormin antamisen hetkellä voimassa olleiden pätevyyskriteerien mukaisesti annettu oikeusnormi pysyy voimassa, kunnes se kumoutuu joko sen itsensä sisältämien tai sen antamisen yhteydessä säädettyjen kriteerien nojalla tai kunnes se kumotaan kumoamishetkellä voimassa olevien, oikeusnormin kumoamista koskevien kriteerien mukaisesti. Periaate vapauttaa normin voimassaolon jatkumisen yhteydestä siihen, pysyy-

³¹¹ Ks. Finnis s. 52, 70, McLeod s. 94–102.

³¹² Esimerkki esitetään argumentin vuoksi, eikä siinä oteta kantaa kuvauksen yksityiskohtien valtiosääntöhistorialliseen pitävyyteen.

³¹³ Ks. Finnis s. 60–61. Finnis tulkitsee Hartia niin, että tämä ei näe mitään systemaattista riippuvuutta nyt olemassa olevan tunnistamissäännön ja aikaisempien tunnistamissääntöjen välillä. Ross pitää hänen mielestään aikaisempia kumottuja konstituutioita irrelevanteina nykyisen oikeusjärjestyksen kannalta.

kö sen antamisen perustana ollut kompetenssinormi voimassa vai ei. Tämä selittää esimerkiksi itsenäistyneiden oikeusjärjestysten aidon riippumattomuuden emo-oikeusjärjestyksistään tai itsevaltioiden oktroijaamien konstituutioiden pätevyyden. Oikeusnormin antamisen perustaan ei voida vedota nykyisin voimassa olevia normiseuraantosääntöjä (*rules of succession of rules*) vastaan.³¹⁴

Finnisin ajattelutapa antaa mahdollisuuden katkaista pätevyysketjun oikeusjärjestyksestä itsenäistyneen uuden oikeusjärjestyksen oikeusnormeista itsenäistymistä edeltävään oikeusjärjestykseen. Tuolloin näyttää myös mahdolliselta pitää unionioikeutta aidosti autonomisena siinä merkityksessä, että sen mukaisesti annettujen normien pätevyys riippuu vain siitä itsestään, vaikka unionioikeuden synty ja voimassaolo jäsenvaltioissa riippuvat niiden konstituutiosta. Kun vielä otetaan huomioon *Razin* tutkimustulokset, joiden mukaan kelseniläisiin pätevyysketjuihin ei tarvita ei-positiivista normia koskevaa oletusta, vaan pätevyysketju voi olla rekursiivinen ja norminantovalta pätevöityä taannehtivasti, ei perusnormikonstruktio tunnu käyttökelpoiselta välineeltä tämän tutkimuksen tavoitteita ajatellen.

Kuten toisaalta olen todennut, kelseniläinen normikäsite ja sen mahdollistama voimassaolon käsitteellistäminen systeemivoimassaoloksi ovat kuitenkin tarpeellisia pyrittäessä ymmärtämään oikeusjärjestyksen eurooppalaistumista. Sama koskee ajatusta oikeusjärjestyksestä oikeustieteen tai juridiikan tuottamana järjestyskäsityksenä.

Hartin *rule of recognition*-käsitteen pohjalta suoritettu MacCormickin ajatusten tarkastelu johti oikeudelliseen tai konstitutionaaliseen pluralismiin EU-oikeuden ja kansallisen oikeuden välisessä suhteessa. Niiden välille voi syntyä fundamentaalinen konflikti, joka joko ei ole lainkaan ratkaistavissa oikeudellisesti (*radikaali pluralismi*) tai on ratkaistavissa ainoastaan kolmannen ulkopuolisen järjestyksen eli kansainvälisen oikeuden avulla (*pluralism under international law*). Viimeksi mainittu vaihtoehto on MacCormickin omasta kannasta riippumatta positiivisen oikeuden kanssa ristiriidassa.³¹⁵ Pluralististen teorioiden edellytyksenä on *rule of recognitionin* ymmärtäminen episteemisen tunnistamissäännön ohella/sijasta myös perusnormia funktioltaan muistuttavaksi normatiiviseksi äärinormiksi, joka velvollisuusnormina osoittaa viranomaisille näiden velvollisuuden soveltaa muuttamissäännön perustaman kompetenssin käytön seurauksena oikeusjärjestykseen kotiutuneita uusia voimassaolokriteerejä ja niiden nojalla sitovia normeja, siis EU-oikeutta. Tunnistamissäännön muuttuminen ei kuitenkaan tarkoita sitä, että muuttamissäännöstä olisi poistunut esimerkiksi Yhdistyneen Kuningaskunnan tavanomaisoikeudelliseen konstituutioon sisältyvä kompetenssi kumota EU-jäsenyyden voimaansaattamiseen liittynyt muutos tunnistamissäännössä päättämällä maan yksipuolisesta erosta EU:sta. Myös Suomessa lienee kansallisen valtiosäännön kannalta sel-

³¹⁴ Ks. Finnis s. 63–65.

³¹⁵ Weiler osoittaa vakuuttavasti – Schillingin ajatuksia arvostellen – että positiivisoikeudellisesti unionioikeuden lainkäyttöllinen *Kompetenz-Kompetenz* on yksinomaan EY-tuomioistuimella, ei ylimmillä kansallisilla tuomioistuimilla, vaikka unionilla ei olekaan lainsäädännöllistä toimivaltatoimivaltaa. Ks. Weiler 1999/2005 s. 298–316.

vää, että EU:sta ero on mahdollinen kumoamalla liittymissopimuksen voimaansaattamislaki ja irtisanomalla perussopimukset perustuslain 94 §:n mukaisessa järjestyksessä.³¹⁶

Barentsin teoria yhteisön oikeuden autonomiasta on radikaalin pluralismin rekonstruktio EU-oikeuden näkökulmasta. Se antaa perustellun kuvan EU-oikeuden itseensä viittaavasta luonteesta ja siihen sisältyvästä normatiivisesta autonomiasta, mutta jättää samalla käsittämättömäksi sen, miksi ja miten unionioikeus voi olla jäsenvaltioiden viranomaisten ja tuomioistuinten näkökulmasta sitovaa ja sovellettavaa oikeutta.

Pidän radikaalia pluralismia perustelluimpana tapana ymmärtää EU-oikeuden ja kansallisen oikeuden suhde oikeusjärjestyksinä. Samalla kuitenkin jää avoimeksi oikeuden eurooppalaistumisen kannalta olennaisin asia eli se, että EU-oikeutta ja kansallista oikeutta sovelletaan ja noudatetaan rinnakkaisina, niin kuin ne olisivat osa samaa oikeusjärjestystä, vaikka ne samanaikaisesti käsitteellistetään erillisiksi oikeusjärjestyksiksi. Tämän paradoksin ratkaiseminen edellyttää turvautumista *kontekstuaalisen oikeusjärjestyksen* käsitteeseen, jolla tarkoitan oikeusjärjestyksen välttämätöntä ilmenemistä momentaarisenä, territoriaalisena ja asiakohtaisena normijärjestyksenä. Tämän käsitteen omaksuminen edellyttää seuraavassa kappaleessa suoritettavaa yleisen epätarkkuusperiaatteen esittelyä ja perustelemista.

6.2.2. Epätarkkuusperiaate ja kontekstuaalinen oikeusjärjestys

Werner Heisenbergin epätarkkuusperiaatteen mukaan alkeishiukkasen paikkaa ja liikemäärää ei voida samanaikaisesti määrittää tarkasti; spesifioimalla tarkkaan hiukkasen paikan joudumme jättämään liikemäärän epämääräiseksi ja päinvastoin. Tämä ei ole nykykäsityksen mukaan vain episteeminen seikka vaan kuuluu itse maailmaan. Toisaalta siihen liittyy ajatus, että havaitsija vaikuttaa kohteeseen juuri tekemällä havaintoja. Kielifilosofiassa *W.V. Quine* on esittänyt kolme epätarkkuusperiaatetta (teorioiden empiirinen alimääräytyneisyys, ontologian suhteellisuus, käännöksen epätarkkuus). Quinen mielestä maailmaa koskevia substantiaalisia uskomuksia ja kielen merkityksiä koskevia uskomuksia ei voi erottaa toisistaan. Havaintoteoriassa on ilmeistä, että havainnon kattavuus ja tarkkuus ovat käänteisessä riippuvuussuhteessa; emme näe metsää puilta emmekä puita metsältä. Jos erotamme melodian, emme kuule yksittäisiä nuotteja, ja päinvastoin. Myös yhteiskuntafilosofiassa *Richard Bernstein* on esittänyt Heisenbergin epätarkkuusperiaatteen analogioita yhteiskunnallisissa ilmiöissä. Hämmästykseni kukaan ei kuitenkaan ole esittänyt yleistä epätarkkuusperiaatetta, vaikka pidän sellaisen olemassaoloa ilmeisenä.³¹⁷

Epätarkkuusperiaatteen sisältönä on mielestäni se, että kognition kaikissa muodoissa tarkastelun tarkkuus ja kohdeala (*scope*) ovat käänteisessä riippuvuussuhteessa. Jätän avoimeksi onko

³¹⁶ Radikaalin pluralismin perusteltavuutta osoittaa se, että voimassa olevan yhteisön oikeuden mukaan jäsenvaltiolla ei ole oikeutta yksipuolisesti erota unionista, koska ero edellyttää perussopimusmuutosta. Ks. esim. *Barents* s. 307. Samaan tulokseen johtaa yleinen kansainvälinen oikeus.

³¹⁷ Kiitän professori Matti Sintosta mahdollisuudesta pohdiskella epätarkkuusperiaatteeseen liittyvää problematiikkaa sähköpostikeskustelussa 18.–19.1.2008.

tämä informaatiota sisältävien järjestelmien ontologinen ominaisuus vai pelkästään epistemologinen seikka. Joka tapauksessa on ilmeistä, että abstraktiotason noustessa kuvaus kadottaa kuvattavan ilmiön yksityiskohtia koskevaa informaatiota eivätkä kokonaisuudet ja osat ole samanaikaisesti tiedostettavissa.

Oikeudellisen tiedon suhteen kukaan ei esimerkiksi oletta – tai ainakaan saisi olettaa – että tiettyä oikeusjärjestystä tai oikeudenalaa koskeva yleisesitys antaa tietoa oikeudesta sillä tarkkuudella, että tieto olisi ilman lisäselvityksiä sovellettavissa konkreettisissa tilanteissa. Kun oikeusjärjestystä tarkastellaan kaikkein yleisimmällä käsitteellisellä tasolla, voimme tiedostaa vain oikeusjärjestyksen yleisen formaalin rakenteen.³¹⁸ Historiallisia oikeusjärjestyksiä – siis oikeusjärjestelmiä – tarkasteltaessa esitys tavoittaa normatiivisen järjestyksen sisällön ja käsitteellisen rakenteen pääpiirteitä, mutta ei oikeusjärjestystä oikeusnormien ristiriidattomana järjestyksenä. Mielestäni oikeusjärjestys ristiriidattomana oikeusnormien järjestyksenä voi ilmetä tai se voidaan esittää ainoastaan kontekstuaalisena eli ”lukittuna” suhteessa tiettyyn ajankohtaan, alueeseen ja asiakokonaisuuteen.

Selvyyden vuoksi on heti korostettava, että tällainen oikeudellinen kognition kohteen vääjäämätön kontekstuaalisuus ei ole mitenkään erityisesti eurooppaoikeuteen tai eurooppalaistumiseen liittyvä erityispiirre, vaan se koskee kaikkia tarkasteluja, joiden kohteena on jokin oikeusjärjestys nimenomaan oikeuksia, velvollisuuksia ja kompetensseja osoittavana normien järjestyksenä. Tästä syystä en myöskään pidä oikeuden fragmentoitumista nimenomaan postmoderniin oikeuteen liittyvänä uutena asiana, jos keskustelu liikkuu oikeusnormien tasolla. Oikeus on oikeusjärjestelmän ja normatiivisten käytäntöjen tasolla varmaankin muuttunut eriytyneemmäksi ja kompleksisemmäksi yhteiskunnan yleistä monimutkaistumista ja eriytymistä sekä arvopluralismin kasvua heijastaen. Oikeusjärjestyksen tasolla oikeus on kuitenkin uskoakseni aina ollut fragmentoitunutta ja kontekstuaalista, joskin eri aikoina ehkä eri tavoilla.

Oikeusnormien voimassaolo on ajallisesti rajattua, minkä takia juridiikassa on aina täsmennettävä ajankohta, johon esitys kohdistuu.³¹⁹ Oikeusnormien voimassaolo on aina alueellisesti rajattua, niillä on alueellinen pätevyysala (*Geltungsbereich*).³²⁰ Esimerkiksi hallintolaki ei ole voimassa Ahvenanmaalla, mutta rikoslaki on. Aikaan ja paikkaan liittyvät oikeusjärjestyksen rajat ovat ontologisia.

Sen sijaan oikeusjärjestyksen tai pikemminkin sen tiedostettavuuden asiakohtaisuus voidaan ymmärtää periaatteessa epistemologiseksi seikaksi, mutta omalta kohdaltani pidän sitä oikeuden ontologiaan kuuluvana. Dworkinilainen kaikkietävä ja äärettömän kärsivällinen Hercu-

³¹⁸ Ks. Ruiterin ajatuksia koskevaa esitystä edellä alaviitteen 231 kohdalla.

³¹⁹ Lainopissa kerrotaan yleensä erikseen, mihin asti kirjoittaja on seurannut lainsäädäntöä, oikeuskäytäntöä ja muita oikeuslähteitä. Ks. Harris s. 112.

³²⁰ Normin pätevyysala on eri asia kuin sen alueellinen soveltamisala, joka voi olla pätevyysalaa laajempi tai suppeampi. Edellisestä on esimerkkinä lainsäädännön, esimerkiksi kilpailuoikeuden tai rikosoikeuden, ekstraterritoriaalinen vaikutus, jälkimmäisestä vaikkapa Kainuun maakuntakokeilua koskevat erityissäännökset. Ks. Jääskinen 1984 s. 42–45.

les J. ei mielestäni ole pelkästään fiktio, vaan myös ontologisesti aidosti mahdoton. Oikeusjärjestykseen kuuluvien oikeusnormien (merkitykset) samanaikainen tiedostaminen edellyttäisi mahdollisuutta esittää ne ristiriidattomana normiformulaatiojoukkona (normilauseina) niin, että tästä kuvauksesta voitaisiin loogisesti johtaa vastaus jokaiseen mahdolliseen oikeudelliseen ongelmaan.³²¹ Toisesta näkökulmasta, jokaisen oikeusjärjestyksen sisältöä koskevan toden lauseen tulisi olla todistettavissa tällaisessa oikeusjärjestyksen kokonaiskuvauksessa. Jos sivuutetaankin se seikka, että oikeusjärjestyksen kokonaiskuvauksen laatiminen edellyttäisi täydellistä oikeusjärjestelmää, jonka käsitteet ja periaatteet tuottaisivat yksiselitteiset ratkaisut kaikkiin tulkinta- ja systematisointiongelmien mukaan luettuina normikonfliktien ratkaiseminen, oikeusjärjestyksen kokonaiskuvaus täydellisenä ja ristiriidattomana oikeudellisen pitäminen kuvauksena pystyisi johonkin, mihin edes mikään matemaattinen järjestelmä ei Gödelin ratkeamattomuusteesin mukaan voi pystyä. Tuntuu mahdottomalta, että oikeusjärjestys luonnollisen kielen merkityksistä muodostuvana ajateltuna järjestyksenä kykenisi siihen. Näin ollen pidän luultavana, että oikeusjärjestyksen epätarkkuus eli mahdottomuus konstruoida johdonmukaisena velvollisuuksien, oikeuksien ja kompetenssien muodostamana merkityskenttänä ilmenevä kuvaus positiivisesta oikeudesta muutoin kuin kontekstuaalisesti, ei ole pelkästään epistemologinen rajoite vaan oikeuden – tai ehkä luonnollisen kielen – ontologiaan liittyvä asia.³²²

Oikeuden epätarkkuusperiaatteesta seuraa, että lainsäätäjät ei voi tuottaa täydellisen johdonmukaista oikeusjärjestystä, koska edes periaatteessa kaikki oikeusjärjestykseen kuuluvat oikeusnormit eivät ole samanaikaisesti tiedostettavissa eikä lainsäätäjällä ole mahdollisuutta manipuloida oikeusjärjestystä kerrallaan kuin rajoitetusti.³²³ Lainoppinut ei liioin voi kuvata

³²¹ Bengoetxea korostaa, että muodollisen systeemiäsitteen ominaisuuksia ovat täydellisyys, ristiriidattomuus ja ratkeavuus. Hänen mukaansa tällaista oikeus ei voi olla *a priori* olemassa tällaisena järjestyksenä, koska sellainen ei Tarskin ja Gödelin mukaan ole mahdollinen loogisellekaan järjestelmälle. Muodollisen systeemin ominaisuudet sulkevat pois oikeuden tulkinnanvaraisuuden, aukollisuuden ja ristiriitaisuuden, jotka ovat Bengoetxean mielestä oikeuden endeemisiä ominaisuuksia. Näin ollen täydellisyys, ristiriidattomuus ja ratkeavuus voivat olla ainoastaan oikeuden ominaisuuksia *a posteriori* eli oikeutta tulkinnan ja systematisoimisen jälkeen kuvaavia. Oikeutta *a priori* kuvaavat oletukset ovat siten oikeudellista ajattelua ja justifiointia ohjaavia regulatiivisia periaatteita ja niiden asettamat vaatimukset täyttävä oikeusjärjestys regulatiivinen ideaali. Todettakoon, että Bengoetxean käyttää termiä ”legal order” kuvaamaan oikeutta aposteriorisena rakenteistuneena järjestelmänä, joka siis ei täytä muodollisen järjestyksen kriteerejä. Ks. Bengoetxea 1994 s. 65–68.

³²² Tarkkaavainen lukija huomaa, että käyttämäni epätarkkuuden käsite on itsessään epätarkka tai häilyvä. Se näyttää epäanalyyttisellä tavalla sekoittavan toisiinsa muun muassa oikeusjärjestyksen aukollisuuden käsitteen normatiivisessa merkityksessä, oikeuslähteiden ristiriitaisuudesta johtuvan loogisen mielivaltaisuuden, oikeuden epätäydellisyyden merkityksessä oikeudellisen päättelyn ratkeamattomuus ja oikeudellisen kielen semanttisen epämääräisyyden. Ks. epämääräisyyden (*indeterminacy*) eri ulottuvuuksista ja niiden loogisesta analyysistä Moreso s. 56–90. Nähdäkseni oikeuden epätarkkuus, siinä merkityksessä kun itse käytän tätä käsitettä, on itse asiassa näiden kaikkien eri ulottuvuuksien yhteisvaikutusta. Koska oikeuslähteiden sisältämät normiformulaatiot eivät osoita aidosti itsenäisiä ratkaisuja kaikille geneerisille oikeustapauksille, koska oikeuslähteet ovat ristiriitaisia ja koska oikeuden kieli on semanttisesti häilyvää, oikeusjärjestys voi ilmentyä ristiriidattoman normatiivisen merkityksen kenttänä vain ajan, paikan ja asian kohteen fokusituna.

³²³ Argumentini on rakenteellisesti samanlainen kuin Hayekin (Hayek s.11–13, 40–41) perustelu sille, miksi yhteiskunnallista järjestystä ei voida suunnitella. Kysymys on mahdottomuudesta tuottaa järjestystä rajattomalle määrälle informaatiota. Oikeusjärjestys merkityksessä kaikkien voimassa olevien oikeusnormien johdonmukainen järjestys edellyttäisi mahdollisuutta samanaikaisesti tulkita kaikki privilegioituihin oikeuslähteisiin sisältyvät normiformulaatiot, systematisoida ne järjestykseksi, josta on poistettu normikonfliktit, sekä tehdä jollakin perus-

täydellisesti yhtään kehittyneempää oikeusjärjestystä johdonmukaisena normijärjestyksenä, koska kuvauksen luominen ja esittäminen vaatisi rajattomasti informaation käsittelyä ja ajan pysäyttämistä ja täydellisesti ratkeavan oikeusjärjestelmän olettamista. Oikeusjärjestys voimassa olevien normien kokonaisuutena on siten jonkinlainen regulatiivinen idea³²⁴ tai merkityshorisontti, suhteessa mihin juridiikka konstruoi kontekstuaalisia oikeusjärjestyksiä, mutta tällainen normatiivinen oikeudellinen kokonaisjärjestys ei ole tiedostettavissa, esitettävissä eikä se mahdollisesti edes ole olemassa missään järkevässä ontologisessa mielessä.

Väitteeni siis on, että mitään oikeusjärjestystä ei voida esittää ristiriidattomana³²⁵ oikeusnormien kokonaisuutena muutoin kuin suhteessa johonkin asiaan tai asiakokonaisuuteen. Miten tämä asiakohtaus rajautuu, riippuu juridiikkaa harjoittavan tiedonintressistä; oikeusjärjestys normatiivisen merkityksen kenttänä ei omaa ennalta määrättyä rakennetta, vaan tarkastelijan tiedonintressi rajaa sen, miten oikeusjärjestys ilmenee. Tiedonintressi voi esimerkiksi koskea tietyn konkreettisen asiointilan (kuka, mitä, missä, milloin) oikeudellista arvioimista lainkäytössä tai oikeudellisessa neuvonnassa. Tässä ilmenee myös kontekstuaalisten oikeusjärjestysten tärkein funktio eli toimiminen oikeudellisten päätelmien normatiivisten yläpremissien merkityksenä eli päätelmien johtopäätösten justifikaation normatiivisina osina. Toisaalta tiedonintressi voi liittyä tiettyjen geneeristen asiantilojen (rooli, tekokategoria, olosuhteet) oikeudelliseen evaluointiin esimerkiksi konstruoidessa tietyn oikeudenalan erityisiä oppeja tai arvioitaessa voimassa olevan oikeuden muuttamisen tarpeita lainvalmistelussa.

Kontekstuaalinen oikeusjärjestyksen käsite pohjautuu edellä jaksossa 5.4. kuvattuun momentaarisen oikeusjärjestyksen käsitteeseen ja Harrisin sille antamaan tulkintaan. Harrisin mukaan ”A momentary legal system consists of all the mutually consistent legal rules governing an area of human conduct – usually within a territory – which is at a particular moment in time required, prohibited, or permitted by law. An essay in legal science presupposes the existence of such a system.”³²⁶ Toisaalta *Finnis* päätyy omassa oikeusjärjestyksen ajallista voimassaoloa koskevassa tarkastelussaan Kelsenin, Hartin ja Rossin ajatukset hyläten johtopäätökseen, jonka mukaan oikeusjärjestys ei voi olla ajallisesti voimassa, jos sitä pidetään pelkästään oikeusnormien järjestyksenä.³²⁷ Finnisin itsensä mielestä tämä kääntää kysymyksen oikeusjärjestyksen ajallisesta voimassaolosta kysymykseksi poliittisen yhteisön (*politeia*) olemassa-

teella valinnat kilpailevien tulkintavaihtoehtojen välillä. Tämän mahdottomuudesta EY-oikeudessa ks. Bengoetxea 1994 s. 75.

³²⁴ Ks. Bengoetxea 1994 s.70: ”The regulative potential of legal system, i.e. the idea that the law has to be made as systematic as possible in the formal sense can be seen in different law-related activities: in legal dogmatics or legal doctrine, in law-making and in the justification of law-interpreting and law-applying decisions.”

³²⁵ Ristiriidattomuus tai johdonmukaisuus tarkoittaa – kuten edellä on viitteessä 279 kerrottu – minulle totuusfunktionaalista adekvaattisuutta suhteessa sosiaaliseen todellisuuteen niin, että subjekti ei voi samassa tilanteessa olla velvoitettu tekemään sekä A että –A.

³²⁶ Harris s.111.

³²⁷ Ks. Finnis s. 69: ”the legal system, considered simply as a set of ‘valid rules’, does not exist, since, considered simply as a set of rules, of interdependent normative meanings, there is nothing to give it continuity, duration, identity through time.”(Korostukset alkuperäisessä tekstissä – NJ).

olosta, mikä puolestaan johtaa joko historiaan tai etiikkaan tällaisen jatkuvuuden selityksenä.³²⁸

Analyttisen positivismin näkökulmasta oikeusjärjestyksen ajallinen jatkuvuus ei voi mielekkäästi koskea oikeusnormeja, koska ne ovat postuloituja ideaalisia entiteettejä. Kysymys on samalla tavalla mieletön kuin sen pohtiminen, onko ajatukseni sama vai uusi, mutta samansäلتäinen, jos mielenkiintoni kohdistuu hetkeksi johonkin muuhun asiaan, ennen kuin palaan takaisin pohtimaan samaa asiaa. Oikeuden ajallisen jatkuvuuden luovat juridiikan käytännöt ja niiden luomat materiaaliset representaatiot oikeudesta sekä oikeusjärjestelmänä ilmenevä intellektuaalinen traditio.³²⁹

Harris ei kuitenkaan nähdäkseni kiinnitä riittävää huomiota oikeusjärjestyksestä koskevan tiedon asiakohtaisuuden³³⁰ suhteeseen hänen esittämänsä oikeusjärjestyksen ristiriidattomuuden vaatimukseen tai ideaaliin. Oikeusjärjestyksen ristiriidattomuusedellytys liittyy siihen, että sen on voitava ohjata inhimillistä käyttäytymistä sekä yksityisten että organien tasolla. Oikeudellinen sääntely ja käyttäytyminen on kuitenkin fokuoitua suhteessa erilaisiin intresseihin ja näkökulmiin, jotka ovat pitkälti ulko-oikeudellisia. Oikeutta luova päätöksenteko ei myöskään ole eikä voi olla siinä merkityksessä rationaalista, että se voisi perustua täydelliseen informaatioon ja rationaalisuuteen. Oikeus elää luonnollisen kielen kautta, eikä oikeuden systematisoimiseen liittyvien erityisterminologioiden ja oikeuskäsitteiden avulla voida koskaan päästä eroon luonnolliseen kieleen liittyvästä merkitysten epätasallisuudesta. Siksi oikeuslähteet ovat ristiriitaisia ja juridiikan tehtäväksi jää ristiriitojen poistaminen esimerkiksi soveltamalla normikonfliktien ratkaisusääntöjä tai manipuloimalla kielellisille ilmauksille tulkinnalla annettavia merkityksiä.³³¹

³²⁸ Ks. Finnis s. 70–76.

³²⁹ Kysymys oikeusnormien (ajatuksensisältöinä) olemassaolon momentaarisuudesta ja ei-jatkuvuudesta on pidettävä erillään siitä, onko oikeutta koskevan syvällisemmän tiedon oltava luonteeltaan evolutiivista ja siten omassa käsitteistössäni oikeusjärjestelmän tasolle sijoittuvaa. Tämä perusajatus, joka oli historiallisen koulun innoittajana, on sittemmin hyväksytty esimerkiksi Tuorin kriittisessä oikeuspositivismissa tai Van Hoecken kommunikatiivisessa oikeusteoriassa. Ks. Van Hoecke (2002 s. 111): ”Understanding law means, amongst other things, having a historical perspective on the coming into being, the change and abolition of legal concepts, rules and institutions. One needs not just a picture of law, but a ‘movie’ on legal development.” Historiallisen evolutiivisen oikeuskäsityksen ongelmana on kuitenkin historiallisen ja normatiivisen tiedon yhdistäminen mielekkäällä tavalla. Tähän ongelmaan liittyy käsiteläinopin metodien kehittyminen paradoksaalisesti juuri historiallisen koulun sisällä.

³³⁰ Harrisin tekstistä voidaan tosin mielestäni lukea, että momentaarinen oikeusjärjestys konstruoidaan suhteessa tiettyyn asiakokonaisuuteen. Tähän viittaavat hänen käyttämänsä ilmaukset ”an area of human conduct” (s. 111) ja ”law in England (on a certain topic)” (s. 112).

³³¹ Samoilte termeille tai ilmiöille voidaan esimerkiksi antaa erilainen normatiivinen merkitys eri yhteyksissä, jolloin samaa tekoa voidaan arvioida siviilioikeudellisesti eri perustein kuin vero-oikeudellisesti tai rikosoikeudellisesti. Samoin asiantila voidaan oikeudellisesti konstruoida eri tavoin eri yhteyksissä. Esimerkiksi kiinteistö voi verotuksessa käsittää kaksi rakennuspaikkaa, mutta poikkeamenettelyssä vain yhden, tai sen ”käypä” arvo voi olla perintöverotuksessa korkea, mutta pakkolunastusmenettelyssä matala. Tällainen ehkä kansallisen lainsäädännön mukaan mahdollinen epäjohtomukaisuus voi puolestaan merkitä ihmisoikeusrikkomusta kansainvälisen normijärjestyksen kannalta. (Ks. Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen tuomio 21.5.2002, Jokela v. Suomi, no. 28856/95).

Edellä hahmottamani kontekstuaalinen oikeusjärjestys tarkoittaa suurin piirtein samaa kuin *MacCormickin* käyttämä käsite ”momentary normative judgement”, jota hän pitää kuvaavampana kuin Kelsenin käsite oikeusjärjestyksen staattinen puoli. Tällainen oikeusjärjestyksen esittäminen momentaarisenä oikeuksien tai velvollisuuksien järjestyksenä voi liittyä lainkäyttöön, kansalaisen suorittamaan oikeudellisten toimintamahdollisuuksiensa harkintaan tai oikeudenalan lainopilliseen esittämiseen. *MacCormickin* mukaan oikeusjärjestys voidaan esittää eri tavoin momentaaris-päätelmällisestä näkökulmasta kuin normien luomiseen liittyvästä dynaamisesta näkökulmasta.³³²

Lopuksi on syytä todeta, että samojen oikeuslähteiden pohjalta on aina mahdollista konstruoida tosistaan poikkeavia kontekstuaalisia oikeusjärjestyksiä. Oikeuslähteet ja niiden käyttöä ohjaavat oikeusjärjestelmän tasoon kuuluvat oikeudelliset arvot, käsitteet, periaatteet ja teoriat eivät käytännössä eivätkä mielestäni edes periaatteessa toteuta suljetun systeemin ajatusta. Saman oikeuslähdejoukon pohjalta on siten mahdollista esittää useita tulkittujen oikeusnormien systematisoituja kokonaisuuksia, jotka ovat sisäisesti ristiriidattomia, mutta keskenään ristiriidassa.

6.2.3. Oikeusjärjestyksen eurooppalaistuminen integroituneina kontekstuaalisina oikeusjärjestyksinä

Kontekstuaalinen oikeusjärjestys on avain myös oikeusjärjestyksen eurooppalaistumisen ymmärtämiseen, kun eurooppalaistumisella tarkoitetaan kahden erillisen oikeusjärjestyksen aikaansaamaa samanaikaista oikeudellista pitämistä jäsenvaltiossa. Tämän perustelemiseksi on kuitenkin vielä tarpeen kehittää tiettyjä ajatuksia, jotta voidaan käsitteellistää unionioikeuden ja kansallisen oikeuden vuorovaikutus samanaikaisesti voimassaolevina ja sovellettavina, mutta kuitenkin erillisinä oikeusjärjestyksinä.

Puhdas oikeusoppi rakentuu ajatusmallille, jonka mukaan *Sollenin* kategorია on apriorinen kvaliteetti, joka ei välity oikeusjärjestykseen faktojen vaan transsendentaalisen perusnormia koskevan oletuksen kautta; oikeusjärjestys on pätevä vain jos perusnormi oletetaan (ja se on suurin piirtein tehokas). Normatiivisuus tulee siten oikeusjärjestykseen tavallaan ”yhtä putkea” pitkin.

Institutionaalinen oikeuspositivismi katsoo sen sijaan, että normatiivisuus on tavallaan sosiaalisista interaktiotilanteista kasvava asia, joka sitten institutionalisoituu oikeudeksi. Tuolloin oikeusjärjestys ja sen elementit, mukaan luettuina oikeusnormit, muodostuvat institutionaaliksi faktoiksi.³³³ *Ullman-Margolit*³³⁴ on esittänyt peliteoreettisen selityksen sille, miten vuorovaikutus synnyttää sosiaalisia normeja. Myös konventionalistisessa yhteiskuntafilosofiassa ja

³³² Ks. *MacCormick* 2001 s. 10–11.

³³³ Ks. *MacCormick* 2007 s. 14–37.

³³⁴ Normeja synnyttäviä interaktiotilanteita ovat hänen mukaansa vangen paradoksi-pelin kaltaiset vuorovaikutukset, koordinaatio-ongelma ja epätasa-arvoisuus. Ks. *Ullman-Margolit* s. 7–12.

kielitekojen filosofiassa on annettu lukuisia eri selityksiä normatiivisuuden synnylle interaktiivisten prosessien kautta. Raz on puolestaan osoittanut, että oikeusjärjestys voi syntyä toisiinsa rekursiivisesti viittaavien normien pohjalta. Nämä esimerkit osoittavat, että normatiivisuuden synty sekä yleisenä että oikeudellisena kategoriana voidaan ymmärtää myös tavallaan desentralisoituna prosessina tekemättä kantilaisia apriorisia oletuksia.³³⁵

Jos ja kun hyväksymme ajatuksen normatiivisuuden synnystä muutoin kuin jonkinlaisen perusnormin perustella, voimme kysyä, mitä juridiikan harjoittaja *olettaa* ryhtyessään konstruoidaan kontekstuaalista oikeusjärjestystä. Nähdäkseni oikea vastaus tähän on: että on voimassa olevia oikeusnormeja ja keinoja saada tietoa niistä. Nämä ovat institutionaalisia faktoja siinä poliittisessa ja oikeudellisessa yhteisössä, johon hänet on sosiaalistettu kansalaisena ja mahdollisesti vielä koulutettu osana oikeudellista professiota. Oikeusnormin tai oikeussäännön käsite on siten (jollakin oikeusteoreettisesti täsmentymättömällä tavalla) tunnettu hänelle, samaten ajatus niiden representoitumisesta tietyillä tavoin yksilöityvissä teksteissä (privilegoidut oikeuslähteet). Voimme myös turvallisesti olettaa, että juridiikan harjoittaja omaa käsitteellisen sitoumuksen, jonka mukaan on analyttisesti totta, että privilegoidun oikeuslähteen kuten lakitekstin lause ilmaisee jollakin tarkkuudella oikeusnormin tai sen osan.

Tästä pääsemme ensimmäiseen oikeusjärjestyksen eurooppalaistumisen selittämisessä huomiioon otettavaa seikkaan, nimittäin siihen, että kontekstuaalisten oikeusjärjestysten konstruointi etenee muun oikeudellisen ajattelun tavoin tunnetusta tuntemattomaan. Oikeudellisen ongelman ratkaisemisessa lähtökohtana ovat tunnetut normit ja tunnustetut oikeuslähteet.³³⁶ Kun kansallinen tuomari tai oikeustieteilijä lähtee ratkaisemaan kysymystä, johon liittyy tai voi liittyä unionioikeudellinen aspekti, hänen ei tarvitse olettaa mitään muuta kuin, että unionioikeus on ao. jäsenvaltiossa voimassa sen takia, että niin on säädetty. Toisin sanoen jäsenvaltion EU-jäsenyys on hänelle tunnettu institutionaalinen fakta, jonka paikkansa pitävyyden hän voi tarvittaessa tarkistaa lakikirjasta tai säädöskokoelmasta. Siihen ei liity mitään suurempaa oikeusteoreettista epävarmuutta kuin mihin tahansa kansalliseen säännökseen; hän problematisoi tämän asian vasta, jos esitetään esimerkiksi väite EU-jäsenyyden valtiosäännön vastaisuudesta, mutta tuolloin asia näyttäytyy hänelle positiivisoikeudellisena eikä oikeusteoreettisena ongelmana.³³⁷ Sikäli kuin tällainen tietäminen tarkoittaa tunnistamissäännön sovel-

³³⁵ Sylvie Delacroix kytkee oikeuden normatiivisuuden normatiivisen toimijuuden (normative agency) käsitteeseen. Normatiivisuus syntyy genealogisesti erilaisiin sosiaalisiin vuorovaikutustilanteisiin liittyvissä arvottamisen ja sitoutumisen tilanteissa, joissa moraalinen kapasiteetti on käytössä oikeutta luovana tai sitä arvostelevana kykynä. Delacroix'n teoria ei ole helposti ymmärrettävissä, ja se rakentuu metaeettiselle kognitivismille, jossa ei kuitenkaan oleteta subjektin tai diskurssin ulkopuolisia moraalisia objekteja tai faktoja. Ks. Delacroix s. 139–165, 205–206.

³³⁶ Ks. Victor s. 203.

³³⁷ Kelsen joutui teorioidensa johdonmukaisuuden pelastamiseksi turvaamaan apuhypoteeseihin, joihin kuuluu ajatus oikeusnormin koko pätevyysketjusta osana sen implisiittistä normatiivista sisältöä. Raz (s.143) huomauttaa, että tällainen normin käsitteellistäminen johtaa siihen, että vähäisimmänkin oikeusnormin normatiivisen sisällön ymmärtäminen vastaa oikeudellisen oppikirjan ymmärtämistä, ja normi on suurin piirtein kirjan pituinen. Nähdäkseni oikeudellisessa ajattelussa, joka pyrkii selvittämään oikeusjärjestyksen sisällön, ei edetä dynamisissa pätevyysketjussa voimassa oleviksi tiedettyjä/oletettuja normeja ylemmäksi. Lain perustuslain mukaisuutta tai asetuksen lain mukaisuutta ei tutkita, ellei sitä ole asetettu kysymyksenalaiseksi.

tamista, kysymys on kansallisen oikeusjärjestyksen tunnistamissäännöstä. Jos oikeusjärjestyksen taustalle kaivataan perusnormia, kysymys on kansallisesta perusnormista.

Toinen seikka, johon on syytä kiinnittää huomiota, on Harrisin esittämä ajatus juridiikan–tai niin kuin hän kutsuu–oikeustieteen perusoletuksesta, jonka muotoilu oli siis seuraava:

“Legal duties exist only if imposed (and not expected) by rules originating in the following sources or rules subsumable under such rules. Provided that any contradiction between rules originating in different sources shall be resolved according to the following ranking amongst the sources ... and provided that no other contradiction shall be admitted to exist.”³³⁸

Harrisin konstruktion tarkoituksena on tehdä eksplisiittiseksi juridiikan logiikka ja se on tässä merkityksessä tietoteoreettiselta funktioltaan samanlainen kuin Kelsenin perusnormi. Sen elementit eli ajatus rajoitetusta joukosta auktoritatiivisia oikeuslähteitä, niiden keskinäisestä hierarkiasta sekä eksklusion, derogaation, subsumption ja ristiriidattomuuden periaatteista konstituivat juridiikan intellektuaalisena toimintana. Juridiikan perusoletuksen ilmentävät ajatukset oikeuslähteiden sulkeutuneisuudesta ja hierarkiasta eivät riipu positiivisesta valtiolainsäännöstä, vaan ne ovat juristien ammatillisissa käytännöissä itsestäänselvyyksinä otettuja asioita, joita ei yleensä erikseen artikuloida juristien koulutuksessa. Oikeustieteen perusoletus ei ole positiivisoikeudellinen normi, mutta tilanteissa, joissa oikeusjärjestyksen identiteetti nousee eksplisiittisesti esille, vastaus siihen liittyviin ongelmiin annetaan perusoletukseen sisältyvien oikeuslähteiden perusteella.³³⁹

Harrisin mielestä oikeustieteen perusoletus sisältää myös oletuksen oikeusjärjestyksen ristiriidattomuudesta, oikeastaan oletuksen juridiikan sisäisistä menetelmistä niiden poistamiseksi. Hänen mielestään esimerkiksi sellaiset lainsäädäntöaktit, joissa säädetään yleinen sääntö ja tiettyjä tapauskategorioita koskeva poikkeus, eivät olisi ymmärrettäviä, jollei sääntelyn (logista) ristiriidattomuutta oletettaisi yleisenä periaatteena. Lainsäädännön lisäksi myös lainkäytössä ja lainopissa oletetaan oikeusjärjestyksen ristiriidattomuus.³⁴⁰ Juridiikassa oletetaan momentaariseen oikeusjärjestyksen sisältyvien normien olevan keskenään ristiriidattomia sen takia, että oikeudellisissa käytännöissä toimivat viranomaiset olettavat perustuslaillisuuteen ja legaliteettiin sisältyvien poliittisten arvojen vaativan tällaista ristiriidattomuutta. Ristiriidattomuusoletuksen peruste on siten pohjimmaltaan poliittinen, ei epistemologinen.³⁴¹

Jos sivuutamme tässä yhteydessä asiaan vaikuttamattoman velvollisuusreduktionismin, Harris käsitteellistää mielestäni tässä hyvin perusajatuksen, joka luonnehtii juridiikkaa sellaisena,

³³⁸ Harris s.70.

³³⁹ Ks. Harris s. 70–81. Harrisin mielestä oikeustieteen perusoletus itsessään – toisin kuin sen variaabeleiden sisältö – ei muutu, niin kauan kuin juridiikka pysyy sellaisena intellektuaalisena käytäntönä kuin se on. (s. 81).

³⁴⁰ Ks. Harris s. 82–83. ”The legal-science practices of assuming determinacy of sources and ranking amongst them, and of assuming that a non-self-contradictory legal solution is always to be looked for appear to be universal features of the institutions of modern states. If that is so, the principles expressed by such practices haveall the same claim to be designated part of the ‘logic’ of legal science.” (s. 82)

³⁴¹ Ks. Harris s. 129. Toisaalta hänen mukaansa tällaista ristiriidattomuuden oletusta ei vallitse suhteissa kansallinen oikeus/kansainvälinen oikeus tai oikeus/moraali.

kuin se sisältyy intellektuaalisena toimintana länsimaisiin – siis eurooppalaisiin ja eurooppalaisperäisiin – oikeuskulttuureihin. Juridiikka on toimintaa, joka pyrkii tiettyjen oikeuslähteiden ja niiden keskinäistä asemaa koskevien yleisten oletusten pohjalta luomaan kuvan oikeusjärjestyksestä ristiriidattomana normatiivisen merkityksen kenttänä, joka käsitykseni mukaan voi siis ilmetä vain kontekstuaalisina oikeusjärjestyksinä.

Oikeuden eurooppalaistumisen kannalta on olennaista huomata se, että unionioikeus ja jäsenvaltioiden kansalliset oikeudet ilmentävät samaa käsitystä oikeuden tiedostamisesta siinä merkityksessä, että Harrisin muotoilu on sovellettavissa *mutatis mutandis* niihin kaikkiin. Oikeuslähteet ja niiden hierarkia ovat erilaisia eri järjestelmissä, mutta niitä yhdistää perusajatus *oikeuslähteet + hierarkia + subsumptio/derogaatio/ekskluusio/ristiriidattomuus* -> *oikeusnormit* -> *johdonmukainen normatiivinen merkitys velvollisuuksien (ja/tai oikeuksien ja kelpoisuuksien) tasolla*.

Eurooppaoikeuden harjoittajalla – esimerkiksi EY-tuomarilla tai eurooppaoikeuden erityisiä oppeja käsittelevää tutkimusta laativalla – juridiikan perusoletuksen variaabelit eli Harrisin muotoilussa kolmella pisteellä ilmaistut kohdat sisältävät pelkästään unionioikeuden tunnus-tamia oikeuslähteitä ja niiden välistä suhdetta koskevia periaatteita. Niiden pohjalta hän konstruoi soveltamalla subsumption, derogaation, eksluusion ja ristiriidattomuuden periaatteita kontekstuaalisen unionioikeudellisen oikeusjärjestyksen, joka on autonominen eli itseensä viittaava ja jossa yksittäisten normien sisältö ja voimassaolo ovat riippumattomia kansallisesta oikeudesta.

Toimittaessa eurooppalaistuneessa kansallisessa oikeudessa juridiikan perusoletuksen variaabelit sisältävät:

1. kansallisen oikeuden ja sen lähteet,
2. unionioikeuden ja sen lähteet,
3. kansallisen normihierarkian periaatteet,
4. unionioikeuden normihierarkian periaatteet
5. kansallisen oikeuden ja unionioikeuden välistä suhdetta koskevat periaatteet, jotka ovat peräisin unionioikeudesta.

Tältä pohjalta hän luo eurooppalaistuneita kontekstuaalisia oikeusjärjestyksiä, jotka sisältävät sekä unionioikeuteen että kansalliseen oikeuteen kuuluvia normeja.

Kansallisen oikeuden ja unionioikeuden oikeuslähdeopin ja normihierarkian samanaikainen sisältyminen juridiikan perusoletukseen ei merkitse tarvetta käsitellä niitä yhtenä kokonaisuutena jossakin kelseniläisen yhtenäisen oikeusjärjestyksen merkityksessä. Kumpikin lähdejoukko säilyttää identiteettinsä ja autonomiansa. Mitkä ovat kansallisia oikeuslähteitä, ratkeaa kansallisen oikeusjärjestelmän mukaisesti, samoin niiden välinen hierarkia. Sama koskee unionioikeuden puolella sen lähteitä ja niiden välistä hierarkiaa.

EU-oikeuden ja kansallisen oikeuden keskinäistä suhdetta määrittää ensinnäkin derogaatioperiaatteen rajoittuminen intrasysteemiseksi niin, että kansallinen normi ei voi kumota EU-normia ja päinvastoin. Toiseksi ristiriidattomuusperiaate näkyy EU-oikeuden etusijana merkityksessä soveltamisetusija; jos sekä kansallinen normi ja EU-normi näyttävät soveltuvan samaan tosiseikastoon, ensiksi mainittua saadaan soveltaa vain sikäli kuin se ei johda ristiriitaan EU-normin kanssa. Kolmanneksi EU-oikeus modifioi kansallisen oikeuden ekskluusio- ja subsumptioperiaatteita niin, että eri tulkintavaihtoehtoista on valittava EU-oikeuden (päämäärrien toteuttamisen) kannalta ”paras”.

Eurooppalaistuneen juridiikan perusoletus³⁴² voidaan – Harrisin muotoilua vapaasti soveltaen – ilmaista esimerkiksi seuraavasti:

“Oikeudelliset velvollisuudet, oikeudet ja toimivallat ovat olemassa vain, jos seuraavista lähteistä (*kansallinen valtiosääntö, tavanomainen oikeus, unionin perussopimukset*) peräisin olevat normit tai niihin subsumoitavissa olevat normit ovat niiden perustana eivätkä tee niistä poikkeusta. Lisäksi edellytetään, että eri lähteistä peräisin olevien normien väliset ristiriidat ratkaistaan noudattaen seuraavia sääntöjä (*lex superior-, lex posterior- ja lex specialis- periaatteet kansalliseen oikeuteen kuuluvien normien välisissä konflikteissa ja vastaavasti unionioikeuteen kuuluvien normien välisissä konflikteissa, muttei näiden kahden normikategorian välisissä konflikteissa, joihin sovelletaan tapauksen mukaan unionioikeuden etusijaa ja/tai välitöntä vaikutusta tai tulkintavaikutusta koskevia periaatteita*) ja että muita normikonflikteja ei pidetä mahdollisina.”

Tällöin eurooppalaistunutta oikeusjärjestystä tutkivan – konstruoivan ja rekonstruoivan – juridiikan perusoletuksen variaabeleille annetut arvot (*kursivoidut tekstit edellä*) vastaavat harti-laista tunnistamissääntöä *episteemisenä* sääntönä, jota soveltamalla voidaan tunnistaa oikeusjärjestykseen kuuluvat normit tuntemalla niiden lähteet ja näiden väliset hierarkkiset suhteet. Normatiivisena *tunnustamissääntönä* formulointi toimii kokonaisuutena; olettamalla perusoletuksen päteväksi eurooppalaistunut oikeusjärjestys näyttäytyy – siis on käsitettävissä – kansalliseen ja unionioikeuteen kuuluvien normien integroituneena normatiivisena järjestyksenä.

Olettaminen merkitsee tässä yhteydessä episteemistä asennetta tai esiymmärrystä, jonka mukaan perusoletuksen ilmeisevien oikeuslähteiden merkityksenä tai mielenä on ilmaista kontekstuaalisesti rajattu normien kokonaisuus, joka on johdonmukainen ja sellaisena voi kuvata asiakokonaisuuteen liittyvät oikeudet, velvollisuudet ja toimivallat toimia viranomais-ten päätöksenteon normatiivisena perusteluna. Perusoletus ei siten kuvaa oikeusjärjestystä, vaan oikeusjärjestystä tutkivan henkilön asennetta tai esiymmärrystä juridiikan kohteesta. Perusoletus määrittää sitä, mitä juridiikan harjoittaja etsii ja toivoo löytävänsä oikeuslähteistä.

³⁴² Tässä yhteydessä on syytä huomauttaa tutkimuksen rajauksesta seuraavasta puutteesta. Nykyisissä kilpailevien sektorimonismien olosuhteissa olisi Euroopan ihmisoikeussopimukseen perustuvan ihmisoikeusregiimin normatiivinen sisältö lisättävä perusoletukseen, koska ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytännöstä seuraavia normeja ei mielestäni enää voida pitää pelkkänä kansallisella lainsäädännöllä voimaansaattettuna valtiosopimus-oikeutena.

Eurooppalaistuneessa oikeudessa konstruoitavat kontekstuaaliset oikeusjärjestykset sisältävät siten edellä mainitut periaatteet huomioon ottaen käsitteellisesti samanlaisina oikeusnormeina sekä unionioikeudellisia että ”kotoperäisiä” normeja järjestettynä johdonmukaiseksi normatiivisen merkityksen kentäksi. Tavallisimpia esimerkkejä ovat lainkäytön puolella tilanteet, joissa kansallisista materiaalisista normeista, niiden tulkintavaihtojen valinnan ratkaisuista EU-normeista ja/tai sellaisinaan sovellettavista EU-normeista sekä kansallisista prosessinormeista rakentuu tiettyä yksinkertaista tai monimutkaista tosiasiallista tilannetta vastaava kontekstuaalisen oikeusjärjestyksen kuvaus.

Tällainen kontekstuaalinen oikeusjärjestys on siten johdonmukainen normatiivisen merkityksen kenttä, jonka elementtejä ovat ajallisesti, alueellisesti ja asiakohtaisesti toisiinsa liittyvät voimassa olevat normit. Oikeusnormin voimassaolo voi perustua kansalliseen tai unionioikeudelliseen lähteeseen. Esimerkiksi Suomessa teletoiminnan suhteen voimassa olevaa oikeusjärjestystä ei voida esittää muutoin kuin kokonaisuutena, jonka elementtejä ovat kansalliseen lainsäädäntöön kuuluvat normit, unionioikeuteen kuuluvat normit sekä näistä johdetut tai yleistetyt normit.

Normien tulkintaan ja systematisointiin liittyvissä kysymyksissä argumentaatio ja justifiointi nojautuu sekä kansalliseen että eurooppalaiseen oikeusjärjestelmään, viimeksi mainittuun tarvittaessa EY-tuomioistuimelta saadun ennakkoratkaisun kautta. Rakenteellisesti eurooppalaistuminen ei oikeusjärjestyksen tasolla poikkea tilanteista, joissa asiakohtaisesti joudutaan konstruimaan kansallisen oikeusjärjestyksen sisältöä toisiinsa yleisellä tasolla liittymättömiä lähteiden pohjalta.

Kelseniläistä dynaamisen ja staattisen erottelua soveltaen eurooppalaistuneessa oikeudessa oikeusjärjestys konstruoidaan staattisesti kontekstuaalisina oikeusjärjestyksinä, joissa unionioikeus ja kansallinen oikeus integroituvat yhtenäiseksi normatiivisen merkityksen kentäksi, vaikka oikeuslähde- ja normitasolla niiden erillisyys säilyy. Se, että tämä on mahdollista, perustuu siihen, että dynaamisesti kansallinen oikeus on positiivisoikeudellisesti saattanut unionioikeuden voimaan.³⁴³ Oikeusteoreettisesti tämä ilmenee unionioikeuden lähteiden sisällyttämisenä juridiikan perusoletuksesta ilmenevään oikeuslähteiden väliseen luetteloon tai – jos halutaan puhua tunnistamissäännöstä – muuttamalla tunnistamissääntöä normatiivisena tunnustamissääntönä niin, että unionioikeudelle tunnustetaan voimassaolevien oikeusnormien kvaliteetti. Unionioikeuden kansallisen pätevyyden ja sovellettavuuden edellä kuvattu riippuvuus kansallisesta oikeudesta ei tarkoita sitä, että kansallinen oikeus vaikuttaisi unionioikeuden sisältöön.

³⁴³ Jäsenvaltion perustuslaista seuraa, tapahtuuko tämä suoraan perustamissopimusten tullessa kansainvälisesti voimaan ao. jäsenvaltiossa (monismi) vai tarvitaanko siihen erityinen lainsäädäntötoimi (dualismi). Joka tapauksessa olennaista on se, että unionioikeudellisen normin voimassaolo kansallisella tasolla voidaan ilmaista pätevyysketjuna, joka sisältää liittymistä unioniin koskevan valtiosääntöisen toimivallan ja siihen liittyvät valtiosääntönormit. Suviranta (s. 43) näkee eurooppalaistuneen oikeusjärjestyksen kansallisen ja EY-oikeusjärjestyksen osasysteemeistä muodostuvaksi systeemiksi, jossa osasysteemeillä on oma oikeuslähdeoppinsa, jonka noudattamista koskeva velvollisuus on tavallaan osasysteemin huipulla oleva perusnormi.

Unionioikeuden ja kansallisen oikeuden välillä vallitsevasta radikaalista pluralismista seuraa se, että unionioikeuden ja kansallisen valtiosäännön äärimmäisessä tai fundamentaalisessa konfliktissa ei ole mahdollista konstruoida ristiriidatonta kontekstuaalista oikeusjärjestystä, joka sisältäisi sekä unionioikeuden että kansallisen oikeuden. Äärimmäinen konflikti voi koskea kaikkien jäsenvaltioiden kohdalla tilannetta, jossa kansallisen oikeuden näkökulmasta EY-tuomioistuin on hyväksynyt unionille toimivallan *ultra vires*, sekä yksittäisille jäsenvaltioille vielä tilanteita, joissa valtiosääntö ei mahdollista unionioikeuden etusijan tunnustamista suhteessa kansalliseen valtiosääntöön.³⁴⁴ Toistaiseksi tällaiset äärimmäiset konfliktit on vältetty sillä, että ylimmät kansalliset tuomioistuimet ovat vältäneet mahdollisen ristiriitatilanteen esittämistä tällaisena äärimmäisenä konfliktina.³⁴⁵

Harris käsitteli – ennen Factortame-oikeudenkäyntejä³⁴⁶ – vastaavia ongelmia, jotka koskivat Britannian parlamentin suhdetta unionioikeuden etusijaperiaatteeseen. Hän totesi, että oikeustieteen keinoin ei voida etukäteen ratkaista tällaisia tilanteita, vaan ainoastaan identifioida mahdolliset ratkaisut ja tehdä niiden todennäköisyyttä tai toivottavuutta koskeva poliittinen arviointi tai ennuste. Tämä johtuu siitä, että kysymys on abstraktilla tasolla oikeusjärjestelmän tasolle kuuluvista periaatteista, eikä juridiikan harjoittaminen edellytä oikeusjärjestelmän oletamista ristiriidattomaksi.³⁴⁷

Oikeusjärjestyksen eurooppalaistuminen on siten ymmärrettävä niin, että juridiikanharjoitetaan sitä sitten tuomioistuimissa, hallinnossa, lainvalmistelussa, asianajajatoiminnassa tai akateemisessa lainopissa – tuottaa voimassa olevan oikeuden sisältöä representoivat kuvaukset kontekstuaalisia oikeusjärjestyksiä sisältävinä normatiivisen merkityksen kenttinä olettaen edellä kerrotulla tavalla sekä kansalliset että unionioikeudelliset oikeuslähteet sisältävän juridiikan perusoletuksen. Tämä oletus perustuu siihen institutionaaliseen, oikeastaan poliittiseen faktaan, jonka Suomen liittyminen Euroopan unioniin muodostaa. Kysymys on juridiikan harjoittamisen normatiivis-epistemologisten edellytysten muuttumisesta, joka tällaisena on ”joko/tai” asia.

³⁴⁴ Kumm jaottelee potentiaaliset äärikonfliktit kolmeen ryhmään: perusoikeuksia koskeviin, Kompetenz-Kompetenzia koskeviin ja yksittäisen jäsenvaltion konstitutionaalista erityispiirrettä (esim. Irlannin aborttikielto) koskeviin. Ensiksi mainitut ovat hänen mielestään väistytävä asia perusoikeuskirjan tullessa juridisesti sitovaksi. Sama koskee toimivaltakonflikteja, jos toissijaisuusperiaatteen poliittinen valvontamekanismi onnistuu ja EY-tuomioistuin valvoo aiempaa tarkemmin unionin toimivallan käyttöä. Kolmannen kategorian tilanteissa unionioikeuden tulisi mahdollistaa kansallisen perustuslain etusija. Ks. Kumm s. 264, 294–304.

³⁴⁵ Ks. tähän liittyvästä metakonstitutionaalisesta paradoksista esitystä jaksossa 8.5. Äärikonfliktin mahdollisuus oli käsillä liittyen EU:n banaanien markkinajärjestelyä koskeviin asetuksiin. Saksan Bundesverfassungsgerichtin peräytyminen Maastricht-tuomiossaan esittämien periaatteiden jyrkästä soveltamisesta antoi kuitenkin mahdollisuuden välttää tällainen konflikti. Ks. Schmid s. 99–110.

³⁴⁶ Asia C-213/89, Factortame I, ECR 1990 s. I-2433, suomenkielinen erityispainos s.453. Ks. asian merkityksestä Europeanisation of Public Law s. 275–276.

³⁴⁷ Ks. Harris s. 76–77. ”No resolution of the uncertainty could be achieved by describing and applying the present law. But it would be possible to prescribe or predict a resolution.” (s. 77) Ratkaisu unionioikeuden normin ja *lex posterior*-asemassa olevan parlamenttilain väliseen suhteeseen saatiin ensiksi mainitun hyväksi ylähuoneen Factortame-tuomioista, joista ks. esimerkiksi McCormick 2001 s. 80, 88–90.

Ennen EU-jäsenyyttä ei olisi ollut normatiivisesti oikein harjoittaa juridiikkaa eurooppalaistuneen perusoletuksen edellyttämällä tavalla; vuoden 1995 alusta ei ole mahdollista harjoittaa pätevästi Suomen voimassa olevan oikeusjärjestyksen sisällön selvittämiseen tähtäävää juridiikkaa noudattamatta eurooppalaistuneen juridiikan perusoletusta. Tällaisen normatiivisepistemologisen säännön muuttuminen on eri asia kuin muutoksen sisäistäminen. Viimeksi mainittu asia on sosiaalinen tai psykologinen prosessi, joka tapahtuu asteittaisina käyttäytymisen ja siihen liittyvien uskomusten muutoksina. Artikkeleissa 1a–4 on kuvattu sitä, miten tämä on käytännössä tapahtunut suomalaisissa oikeudellisissa käytännöissä. Seuraavan luvun tarkoituksena on avata tätä prosessia oikeusteoreettisesta näkökulmasta.

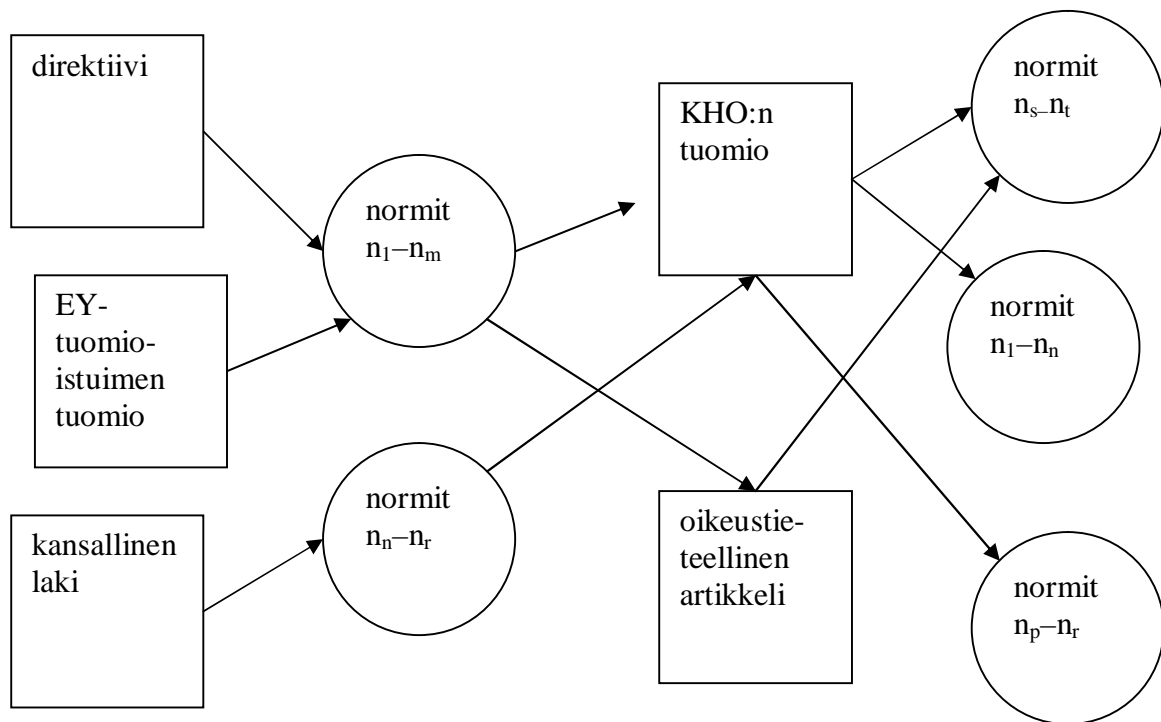
7. Juridiikan eurooppalaistuminen – kohti sisäistä näkökulmaa?

7.1. Juridiikan eurooppalaistumisesta

Edellisen jakson tuloksena oli näkemys, jonka mukaan oikeusjärjestyksen eurooppalaistuminen tarkoittaa eurooppalaistuneen juridiikan perusoletuksen olettamista juridiikan harjoittamisen lähtökohdaksi. Kertauksena palautan mieleen juridiikan käsitteestä luvussa 5.2. esitetyn kuvauksen. Sen mukaan juridiikka tarkoittaa oikeusjärjestyksen konstruoimista suhteessa tiettyyn asiantilaan: mitä on oikeudellisesti voimassa asiassa? Juridiikkaa harjoitetaan niissä institutionaalisissa käytännöissä, joiden sisältönä on tai joihin olennaisesti liittyy kysymys voimassa olevan oikeusjärjestyksen sisällön selvittämisestä niin, että tämä sisältö esitetään asiaan soveltuvien normien kuvauksena (mitä saa/voi tehdä?) tai henkilötahojen keskinäisinä normatiivisina asetelmina (oikeudet, velvollisuudet, toimivallat). Juridiikka on tiettyjen institutionaalisten käytäntöjen kuten oikeustieteen, lainkäytön ja asianajotoiminnan ydinsisältöä; toisissa institutionaalisissa käytännöissä kuten hallinnossa, yritystoiminnassa tai edunvalvonnassa se on toiminnan varsinaisia päämääriä tukevaa. Myös lainsäädäntö ja lainvalmistelu ovat osaksi juridiikkaa. Juridiikkaa on siten käyttäytyminen, jonka pääasiallinen tarkoitus tai keskeiset edellytykset ovat ymmärrettävissä vain oikeusjärjestyksen sisällön selvittämiseen liittyvinä. Tässä merkityksessä oikeusjärjestys on juridiikkana ilmenevän käyttäytymisen merkitshorisontti tai sen käsitteellistä merkitystä selittävä tekijä.

Juridiikka on oikeuden käsitteen nelikenttämallissa oikeuden konkreettinen ja toiminnallinen ilmenemismuoto erotuksena oikeusjärjestyksestä (konkreettis-propositionaalinen), oikeusjärjestelmästä (abstrakti-propositionaalinen) ja oikeuskulttuurista (abstrakti-toiminnallinen). Juridiikan tekee juridiikaksi edellä kuvattu perusoletus. Valtiossa, joka kuuluu Euroopan unioniin, perusoletukseen sisältyvät myös unionioikeuden lähteet ja niiden välisiä suhteita samoin kuin niiden suhdetta kansalliseen oikeuteen kuvaavat periaatteet. Tätä tarkoittaa oikeuden eurooppalaistuminen normatiivisena asiana.

Juridiikkaa harjoitetaan kommunikaationa eli kielitekoina (*speech act*), joissa oikeusjärjestyksen sisältöä presentoidaan luomalla representaatioita, joiden merkitys ilmaisee oikeusjärjestystä tai sen osia. Nämä representaatiot ovat pääosin tekstejä, mutta ne voivat olla myös puhuttua kieltä, esimerkiksi puheenvuoroja oikeussalissa tai lainsäädäntötyöhön liittyvässä keskustelussa. Osa juridiikan luomista representaatiosta on oikeuslähteitä ja näistä taas osa privilegioituja oikeuslähteitä. Eurooppalaistuneessa oikeudessa juridiikan kommunikaatio ilmenee esimerkiksi seuraavanlaisina *merkitys-representaatio* -verkostoina:



Kuvauksessa neliöt kuvaavat representaatioita ja pallot normatiivisia merkityksiä eli oikeusjärjestyksen kontekstuaalisia kuvauksia tai konstruktioita. Nuolet ilmaisevat juridiikkaan sisältyviä kielitekoja (presentaatioita), joissa representaation ilmaiseman – oikeastaan sille annetun – merkityksen pohjalta syntyy uusi representaatio, joka puolestaan on pohjana uusille merkityksille ja niin edelleen. Toiminnan episteemisenä lähtökohtana on eurooppalaistuneen juridiikan perusoletus. Palloista ilmenee eurooppalaistumisen ydin eli kotoperäisten ja unionioikeudellisten normien integroituminen yhtenäiseksi normatiivisen merkityksen kentäksi.

Tämän analyysimallin pohjalta käsittelen seuraavaksi eräitä edellisessä luvussa indikoituja, mutta tarkemmin analysoimatta jääneitä Hartin oikeuspositivismin peruskäsitteisiin liittyviä kysymyksiä. Nämä koskevat käsitteiden ”sisäinen näkökulma” ja ”tunnistamissääntö” monitulkintaisuutta. Sen jälkeen tarkastelen juridiikan eurooppalaistumista empiirisenä ilmiönä ja sen käsitteellistä suhdetta edellisessä luvussa käsiteltyyn oikeusjärjestyksen eurooppalaistumiseen normatiivisena muutoksena.

7.2. Sisäinen näkökulma – käsitteellisiä erittelyjä

Hartin *rule of recognition* näyttää kattavan ainakin neljä eri merkitystä:

1. se voi olla perusnormin tavoin oikeusjärjestyksen voimassaolon konstituiva *äärinorma*;
2. se voi olla *episteeminen norma*, joka osoittaa kriteerit sille, mikä on oikeutta tai mitä on pidettävä oikeutena;

3. se voi olla *kriteeri*, jolla voidaan erottaa oikeudellisessa kontekstissa ulkoinen, hermeneuttinen, kriittis-reflektiivinen ja sitoutunut suhtautuminen säännönmukaisuutena ilmenevään käyttäytymiseen;
4. se voi olla *sosiaalinen fakta*, joka kuvaa viranomaisten suhtautumista oikeusjärjestyksen sekundäärisääntöihin.

Edellisessä luvussa on hylätty ajatus oikeusjärjestystä konstituoivasta äärinormista ja annettu vastaava oikeusjärjestyksen tiedostamisen kohteena konstituoiva funktio juridiikan perusoletukselle. Tämä perusoletus osoittaa muun ohella ne episteemiset kriteerit, joiden avulla oikeus voidaan tunnistaa. Näin ollen edellisessä luvussa on yritetty vastata kohtiin 1 ja 2 sisältyviin kysymyksiin. Tässä jaksossa siirrytään sen vuoksi pohtimaan kohdissa 3 ja 4 tarkoitettuja käsitteellisiä ongelmia.

H.L.A.Hartin ajattelulle keskeinen ulkoisen ja sisäisen näkökulman välinen erottelu on koettu liian yksinkertaistavaksi. Hart itse pyrki eksplikoimaan erottelullaan tavan ja säännön käsitteellistä eroa ja siihen liittyen säännön käsitteen mahdollistavaa kriittis-reflektiivista hyväksymistä, jolloin sääntöä noudatetaan käyttäytymisen perusteena ja käytetään oman ja muiden toiminnan arvioimisen mittapuuna.

Neil MacCormick on korostanut sisäiseen näkökulmaan liittyvää monitulkintaisuutta volitiivisen ja kognitiivisen elementin välillä. Volitiivisuus viittaa siihen, että sisäiseen näkökulmaan liittyy tahto pitää sääntöä käyttäytymisen standardina, sekä omakohtaisesti että muiden kohdalla. Toisaalta sisäinen näkökulma voi olla pelkästään kognitiivinen siinä merkityksessä, että tarkkailija ymmärtää säännön luonteen standardina ja sen, että järjestelmän sisällä toimivat pitävät sitovana standardina, mutta hän ei itse koe tällä tavoin. *Joseph Raz* on esittänyt samantapaisen ajatuksen erottelemalla toisistaan sitoutuneet (*committed*) ja sitoutumattomat (*detached*) oikeudelliset normatiiviset väitteet. Sitoutuneen väitteen esittäjä ilmaisee hyväksyvänsä säännön eli pitävänsä sitä sitovana toimintaperusteena; sitoutumattoman väitteen esittäjä antaa sen sijaan informaatiota säännöstä ottamatta kantaa sen sitovuuteen sanan normatiivisessa merkityksessä. Sitoutumattomia väitteitä esittämällä voidaan esimerkiksi selostaa toisen henkilön käsityksiä oikeudesta tai neuvoa toista henkilöä oikeusjärjestyksen sisällöstä. Kysymys on siten oikeudellisesta näkökulmasta (*point of view of the legal man*), josta esitetyt väitteet ovat päteviä jos ja vain jos itse näkökulma on pätevä. Raz tarkoittaa tällä sitä, että normatiivisuus on käsitteellisesti samanlaista oikeudessa ja moraalissa, mutta oikeudellinen normativiteetti on asiallisesti erilaista sen vuoksi, että sitoutumattomien oikeutta koskevien väitteiden normatiivinen pätevyys – siis se, ilmaisevatko ne toiminnan perusteet – riippuu oikeudellisen näkökulman olettamisesta. Juristien tapana on olettaa tämä näkökulma päteväksi, jotta heidän ei tarvitsisi omaksua sitoutunutta näkökulmaa oikeuteen. Sekä MacCormickin kognitiivinen sisäinen näkökulma että Razin sitoutumaton oikeudellinen näkökulma johtavat siihen

ajattelutapaan, jonka Kelsen ilmaisi perusnormin olettamisesta seuraavalla mahdollisuudella esittää objektiivista pitämistä ilmaisevia hypoteettisia lauseita.³⁴⁸

Edellä oleva tarkastelu osoittaa sisäisen näkökulman relatiivisuuden. Se voi esimerkiksi tarkoittaa

- *hermeneuttista* näkökulmaa, jolloin asianomainen ymmärtää normin käsitteen ja funktion tarkastelun kohteena olevassa yhteisössä, muttei sitoudu sen omakohtaiseen normatiivisuuteen,
- *kriittis-reflektiivistä* näkökulmaa, jolloin asianomainen on lisäksi valmis hyväksymään normin sitovaksi sekä itsensä ja että yhteisön muiden jäsenten kohdalla, muttei sulje pois mahdollisuutta, että tietyissä tilanteissa normia ei ole syytä noudattaa tai soveltaa, koska tätä perustelevat syyt ovat pakottavampia;
- *täysin sitoutunutta* näkökulmaa, jossa normi ilmaisee kategoratiivista pitämistä.³⁴⁹

Ulkoinen näkökulma jää tällöin kuvaamaan tilanteita, jossa asianomaisella tarkkailijalla ei ole perusteita käsitteellistää käyttäytymisen säännöllisyyden taustalla olevia asenteita tai motivaattiorakenteita.

Toisaalta *Harrisin* mielestä sisäisen ja ulkoisen näkökulman erottelu ei hyödy siitä, että asiaan liitetään psykologisia elementtejä. Hänen mielestään ulkoinen näkökulma täyttyy, kun havaitaan käyttäytymisen säännönmukaisuuksia. Vastaavasti sisäinen näkökulma ilmenee ulospäin ilmaistuina arvosteluina, vaatimuksina ja tunnustuksen antamisena. Mahdolliset sisäiset kriittis-reflektiiviset kieliteot eivät lisää tähän erotteluun mitään hyödyllistä, koska oikeuden sosiologisessa tarkastelussa on olennaista, mitä ihmiset todellisuudessa tekevät tai ilmaisevat. Tällöin taasen käyttäytymistä tai kommunikaatiota verrataan tai suhteutetaan oikeusnormeihin kelseniläisinä puhtaina normeina, ei mahdollisiin sisäisiin kielitekoihin.³⁵⁰

MacCormick on uudessa teoksessaan arvioinut uudelleen Hartin säännön ja tavan välillä näkemän eron merkitystä ja asettanut sen kysymyksenalaiseksi. Hänen mielestään sosiologinen ja kognitiopsykologinen tutkimus osoittaa, että tavoilla (*habits*), joihin ei liity Hartin tarkoittamaa kriittis-reflektiivistä asennetta, on asianomaisille usein tärkeä normatiivinen merkitys. Myös sosiaalisen interaktion toimivuuden ja tehokkuuden kannalta voi olla tärkeämpää sääntöjä koskevien ajatusten puuttuminen kuin niiden läsnäolo. Institutionalisoituneen oikeusjärjestyksen olemassaolo riippuu siksi enemmän sääntöjä koskevista tavoista kuin siitä, että säännöt olisivat kriittisen reflektion kohteena. Olennaista on viranomaisten noudattama konventio tai heillä oleva pysyvä käytännöllinen asenne, jonka mukaisesti auktoritatiivisten oike-

³⁴⁸ Ks. tästä kappaleesta tarkemmin Bindreiter s. 107–115.

³⁴⁹ Tällainen täydellinen sitoutuminen lieene mahdollista vain niille, jotka olettavat niin vahvan identiteetin oikeuden ja moraalien välille, että eivät pidä mahdollisena positiivisoikeudellista normia, jonka noudattaminen olisi jossakin tilanteessa moraalisesti ongelmallista. Tällaisella näkökulmalla – sikäli kuin se on sosiologisesti mahdollinen – ei liene sanottavaa relevanssia oikeuden eurooppalaistumisen kannalta.

³⁵⁰ Ks. Harris s. 56–57.

uslähteiden sisältö koetaan oikeudellisen käyttäytymisen näkökulmasta relevantiksi ja sitovaksi. Tavallisten kansalaisten kohdalla oikeuden sisältö jää usein täysin tai lähes täysin tuntemattomaksi.³⁵¹

Sisäisen ja ulkoisen näkökulmalla operoitaessa kysymys näyttää edellä selostetun keskustelun perusteella olevan (ainakin) kahden ulottuvuuden käsittävästä avaruudesta. Nämä ulottuvuudet ovat kognitiivinen ja normatiivinen. Kognitiivisessa ulottuvuudessa on kysymys mahdollisuudesta *ymmärtää* tietyn käyttäytymisen merkitys tai mieli asianomaisen *toimijan kannalta*. Tätä havainnollistetaan usein pelin käsitteellä; puunkappaleiden liikuttelu pelilaudalla voidaan ymmärtää tammen pelaamiseksi vain jos ymmärretään siinä kysymyksessä olevat merkitykset eli tammipeliä konstituovat, pelaajien yhteisen merkityshorisontin muodostavat säännöt. Ulkoisen ja sisäisen näkökulman erottelu kognitiivisella akselilla mahdollistaa muun muassa naturalistisen ja hermeneuttisen yhteiskuntatiedekäsityksen ja siihen liittyen selittämisen ja ymmärtämisen eron eksplikoimisen.

Kognitiivisesti ulkoisen ja sisäisen näkökulman erossa lienee kuitenkin kysymys pikemminkin lineaarisesta asteikosta kuin binäärisestä dikotomiasta. Tutkimuksessa on mahdotonta omata täysin sisäistä näkökulmaa, koska introspektiokin edellyttää jonkinlaista kykyä asettua itsensä ulkopuolelle. Toisaalta on vaikea kuvitella täysin ulkoista näkökulmaa ihmiseen, kulttuuriin tai yhteiskuntaan, koska tutkimuksen käsitteistö on jollakin tavalla voitava yhdistää sen objektina olevan yksilön tai yhteisön tuntemiin merkityksiin.³⁵²

Normatiivisesti sisäinen näkökulma viittaa asianomaisen suhteeseen tutkimuksen tai ajattelun kohteena oleviin normeihin ja arvoihin. Kokeeko hän ne sitoviksi standardeiksi tai arvostusten perusteiksi? Normatiivisen ulkoisen ja sisäisen näkökulman ero näyttää mielestäni pikemmin binääriseltä kuin lineaariselta. Jokin normi on sitova tai sitten se ei ole. Jokin arvo on pätevä tai sitten se ei ole. Tämä binäärisyys on eri asia kuin normin tulkinnallinen avoimuus tai se, että arvon mukaisuudessa voi olla eri asteita.³⁵³

kognitiivinen ulkoinen normatiivinen ulkoinen <i>brute facts</i> -yhteiskuntatutkimus	kognitiivinen sisäinen normatiivinen ulkoinen ”bad man” hermeneuttinen yhteiskuntatutkimus
kognitiivinen ulkoinen normatiivinen sisäinen lainkuuliainen kansalainen	kognitiivinen sisäinen normatiivinen sisäinen tuomari

³⁵¹ Ks. McCormick 2007 s. 62–70.

³⁵² Stephan Körner huomauttaa sattuvasti, että ”While the external and internal perspective of an action may be very different from each other, there must be some minimal agreement between them, since otherwise it would make no sense to speak of them as different perspectives of the same action, of apparently the same action, or even of the same apparent action.” Körner s. 85.

³⁵³ Siis, että varastamisen kieltävä normi ei välttämättä määrittele varastamista tyhjentävästi tai että hyvyyden tai demokratian kaltaiset arvot voidaan toteuttaa enemmän tai vähemmän.

Kun parit ulkoinen–sisäinen ja kognitiivinen–normatiivinen kombinoidaan, saadaan neljä vaihtoehtoa.³⁵⁴ Kognitiivisesti ja normatiivisesti ulkoinen näkökulma voi liittyä esimerkiksi sellaiseen yhteiskuntatutkimukseen, jossa yhteiskunta käsitteellistyy tilastollisesti käsiteltäviksi raaoiksi tosiasioiksi (*brute facts*) tai jossa on kysymys täysin vieraasta kulttuurista. Kognitiivisesti ulkoinen ja normatiivisesti sisäinen näkökulma voi olla MacCormickin tarkoittamalla tavallisella kansalaisella, joka osallistuu erilaisiin oikeudellisesti määritettyihin käytäntöihin kuten luottokortin käyttöön maksuvälineenä, muttei ymmärrä niiden oikeudellista sisältöä. Toisaalta hänen suhtautumisensa oikeussääntöihin on niiden sitovuuden hyväksyvä. Hänellä on oikeussääntöjä noudattavia ja kunnioittavia tapoja ja hän pitää oikeutta velvoittavana.

Kognitiivisesti ja normatiivisesti sisäinen näkökulma on sillä, joka toimii järjestelmän sisällä niin, että hän sekä ymmärtää sen toimintaperiaatteet että pitää sitä legitimiä velvollisuuksien perustana. Oikeusvaltiossa tuomarit ovat *par excellence* henkilöitä, joiden oletetaan omaavan sekä kognitiivisesti että normatiivisesti sisäisen näkökulman oikeuteen. Ongelmallisempaa on sen sijaan se, onko tällainen kognitiivisen ja normatiivisen näkökulman yhdistyminen välttämätöntä kaikille, jotka haluavat osata kuvata oikeusjärjestyksen sisältöä.

Ute Bindreiter käsittelee *Svein Engin* ajatusten pohjalta oikeudellista tietoa *de lege lata* sulautuneena modaaliteettina, jonka kohdalla on mahdotonta erottaa psykologisesti deskriptiivista ja normatiivista kuvausta. Bindreiterin mielestä tämä johtaa juuri Kelsenin ajatukseen perusnormista oikeudellisen tiedon ja argumentaation mahdollistavana epistemologisena oletuksena.³⁵⁵ Toisaalta Razin tarkoittamassa sitoutumattomassa näkökulmassa oikeuteen lienee kysymys nimenomaan kognitiivisesti sisäisestä, mutta normatiivisesti sitoutumattomasta näkökulmasta oikeuteen.

Oikeusdogmaattisen tutkimuksen (lainopin) harjoittaminen edellyttää kognitiivis-sisäistä suhtautumista oikeusjärjestykseen eli kykyä ymmärtää ja soveltaa niitä ajatusprosesseja, joita tuomioistuimet ja viranomaiset tutkimuksen kohteena olevassa oikeusyhteisössä noudattavat. Oikeustieteen tieteellisyyden vaatimukseen ei toisaalta hyvin sovellu se ajatus, että lainoppia harjoitettaessa tulisi välttämättä kokea oikeusjärjestyksen normatiivisen sitovuus samanlaisella tavalla kuin esimerkiksi tuomareiden voidaan institutionaalisen roolinsa ja siihen liittyvien sitoumuksiensa vuoksi edellyttää kokevan.³⁵⁶ Kognitiivisesti sisäinen, mutta normatiivisesti ulkoinen näkökulma oikeuteen on myös *Oliver Wendell Holmesin* kuuluisaksi tekemällä ”pahalla ihmisellä” (*bad man*), joka William Twiningin mukaan yhdistää osallistujan ja tarkkaili-

³⁵⁴ Matthew Kramer jakaa samaten näkökulmat oikeuteen neljään eri varianttiin: äärimmäiseen ulkoiseen, maltillisen ulkoiseen, simuloivaan ja sisäiseen. Äärimmäisestä ulkoisesta näkökulmasta oikeus on havaittavia säännönmukaisuuksia käyttäytymisessä. Maltillisessa ulkoisessa näkökulmassa oikeutta tutkitaan kysymyksenä asenteista ja uskomuksista. Simuloitu perspektiivi tarkoittaa normatiivisten uskomusten ilmaisemista ilman, että niihin samalla sitouduttaisiin. Varsinainen sisäinen näkökulma on sitoutuneesti normatiivinen eli henkilöllä on kriittis-reflektiivinen suhtautuminen oikeuteen. Ks. Kramer 1999/2003 s. 164–166.

³⁵⁵ Ks. Bindreiter s. 116–127.

³⁵⁶ Ks. tähän liittyen, mitä Aarnio esittää tuomarilla olevasta järjestelmän sisäisestä näkökulmasta verrattuna lainoppineen sivustakatsojan asemaan. Aarnio s. 8–10.

jan näkökulmat toimiessaan taitavasti oikeusjärjestyksessä, koska ymmärtää, mistä siinä on kysymys, mutta ei sitoudu moraalisesti tai oikeudellisesti sen normatiivisuuteen.³⁵⁷

Mielestäni ei ole teoreettisia eikä käytännöllisiä perusteita pitää mahdottomana kognitiivisesti sisäistä, mutta normatiivisesti ulkoista näkökulmaa oikeusjärjestykseen. Käsite *hermeneuttinen näkökulma* kuvaa osuvasti tämän näkökulman perusajatuksen eli tarkastelun kohteena olevassa normatiivisessa järjestelmässä toimimisen merkityksien ymmärtämisen. Kognitiivisesti siihen liittyy edellä mainitsemani lineaarisuus. Esimerkiksi vieraan oikeusjärjestelmän tutkimuksessa hermeneuttinen ymmärtäminen on vähäisempää kuin oman oikeusjärjestyksen kohdalla. Hermeneuttinen näkökulma on normatiivisesti sitoutumaton eli se suhtautuu neutraalisti kohdejärjestelmänsä esittämiin pätevyysvaatimuksiin. Se ei kuitenkaan voi sivuuttaa niitä merkityksettömiä, koska nämä pätevyysvaatimukset konstituivat tarkastelun kohteen nimenomaan normatiivisena järjestyksenä. Tämä oikeudellisen tarkastelun kohteen normatiivisuuden olettaminen on – kuten edellä on todettu – Kelsenin perusnormiteorian tietoteoreettinen perusajatus ja Razin ”oikeudellisen ihmisen” keino erottaa oikeudellista normativiteettia kuvaavat väitteet sitä ilmaisevista. Tuomarille oikeusjärjestys näyttäytyy kategoratiivisena pitämisenä, lainopin harjoittajalle hypoteettisena pitämisenä.

7.3. Juridiikan perusoletuksen normatiivinen status

J.W.Harrisin esittämä juridiikan perusoletus ei ole positiivinen oikeusnormi, joskin tilanteissa, joissa kysymys on oikeusjärjestyksen identifioimisesta, tämä tapahtuu viittaamalla sen sisältämiin oikeuslähdekategorioihin. Se ei myöskään ole sosiaalinen fakta; *Harrisin* mielestä *Hartin* tunnistamissäännön funktiot täyttävää ja oikeuden sisällön identifioimiseksi riittävän kompleksista ilmiötä ei yksinkertaisesti ole olemassa. Perusoletuksella on *Harrisin* mukaan sama tehtävä kuin Kelsenin perusnormilla eli sen funktiona on tehdä näkyviksi deskriptiivisen oikeustieteen loogiset menetelmät, koska deskriptiivinen oikeustiede³⁵⁸ on käsitteen laajassa merkityksessä deduktiivista eli päättelysääntöjen avulla toimivaa. Juridiikka olettaa oikeusjärjestyksen ristiriidattomaksi sen vuoksi, että viranomaisten toimiessaan perustuslaillisuuden ja laillisuuden arvojen pohjalta on oletettava toimintaansa ohjaava oikeudellinen normijärjestys ristiriidattomaksi. Kysymys on siten yhteisössä vallitsevaa poliittista faktaa koskevasta oletuksesta, ei apriorisesta oletuksesta käsitteellä kantilaisessa tieto-opissa olevassa merkityksessä. Juridiikan on tehtävä tämä oletus, jotta se voi antaa tietoa viranomaisten todennäköisestä laillisesta toiminnasta.³⁵⁹ Tiivistettynä juridiikan perusoletuksessa oletetaan viranomaisten ja

³⁵⁷ Ks. Twining s. 133–134.

³⁵⁸ Harris erottaa deskriptiivisestä oikeustieteestä eli omaksumani käsitteistön mukaisesta juridiikasta kriittisen oikeustieteen, jonka tehtävänä on selittää, ennustaa ja suositella oikeutta koskevia väitteitä. Ks. Harris s. 167.

³⁵⁹ Ks. Harris s. 10–13, 78–81, 167–171. Sikäli kuin juridiikkaa eli *Harrisin* käsittein oikeustiedettä harjoitetaan institutionaalisessa viranomaisroolissa, oletus viranomaisten sitoutumisesta konstitutionalismiin ja laillisuuden arvoihin joudutaan tekemään omaa ja kollegojen toimintaa koskevana. Pidän tätä tuomaripsykologisesti uskottavana ajatuksena.

varsinkin tuomareiden ”rossilaisen” tuomari-ideologian edustavan kelseniläistä käsitystä oikeuden normatiivisuudesta ja oikeusnormien välisistä suhteista.³⁶⁰

Kun yhdistämme Harrisin juridiikan perusoletuksen statuksesta esittämän edellisessä jaksossa relativisoituun sisäisen näkökulman käsitteeseen, voimme havaita, että eurooppalaistuneen oikeusjärjestyksen olettamisella on erilainen normatiivinen status sen mukaan, missä sosiaalisessa roolissa juridiikkaa harjoitetaan.

Perusoletuksen normatiivinen luonne on oikeusjärjestyksessä toimivalle sitoutuneelle toimijalle erilainen kuin sitä kommittoitumattomasta näkökulmasta tarkastelevalle. Sitoutuneelle toimijalle, jonka suhdetta oikeusjärjestykseen määrittävä näkökulma on sisäinen sekä kognitiivisesti että normatiivisesti, esimerkiksi tuomarille, perusoletus ilmaisee hänen *asemaansa perustuvan velvollisuuden*: tuomarina hän voi toimia vain pitämällä perusoletusta pätevänä ja tuomarina hän on velvollinen toimimaan tuomarina.³⁶¹

Kommittoitumattomalle toimijalle, esimerkiksi oikeustieteilijälle tai asianajajalle, kysymys on *teknisestä normista*. Jos haluat saada korrektia tietoa oikeusjärjestyksestä oikeusnormien järjestyksenä, sinun on katsottava perusoletus päteväksi. Kysymys on tällöin hermeneuttisesta näkökulmasta. Perusoletus on välttämätön juridiselle tiedostukselle, mutta se olettaminen ei edellytä sitoutumista tiedostuksen tuloksena saadun tiedon omakohtaiseen normatiiviseen sitovuuteen. Hermeneuttisesta näkökulmasta myös anarkisti voi toimia oikeustieteen professorina ja euroskeptikko harjoittaa unionioikeudellista praktiikkaa.³⁶² Agentin sosiaalisesta kontekstista riippuu siis se, ilmaiseeko juridiikan perusoletus hänelle keinon saada tietoa omista ja muiden velvollisuuksista vai teknisen normin. Näkökulman erosta huolimatta juridiikan perusoletus on kummastakin näkökulmasta tarkasteltuna sama. Oikeusjärjestyksen sisältö ei riipu tarkastelijan näkökulmasta, vaikkakin hermeneuttisen näkökulman perustana on oletus siitä, että tuomarit ja muut viranomaiset harjoittavat juridiikkaa kognitiivis-normatiivisesta sisäisestä näkökulmasta.³⁶³

Suomen liittyminen Euroopan unioniin ja siitä seurannut unionioikeuden voimaantulo Suomessa on institutionaalinen fakta, joka on vastaavasti muuttanut suomalaisen juridiikan perusoletuksen sisältöä. Suomen voimassa olevaa oikeusjärjestystä oikeusnormien johdonmu-

³⁶⁰ Nähdäkseni Weinbergerin ajatus, jonka mukaan normijärjestyksen voimassaolo eli positiivisuus on sosiologinen eikä normilooginen asia (toisin kuin yksittäisten oikeusnormien voimassaolo), ilmentää samanlaista suhtautumista. Ks. Weinberger s. 45.

³⁶¹ Perusoletuksella on analyttisesti välttämätön luonne niille, joiden näkökulma oikeusjärjestykseen on kognitiivis-normatiivisesti sisäinen. Tämä johtuu siitä, että perusoletus on tavallaan tällaista näkökulmaa edellyttävän aseman käsitteellinen eksplikaatio.

³⁶² Ks. viite 287 edellä Kelsenin anarkistista oikeustieteilijää koskevan käsityksen muuttumisesta.

³⁶³ Tämä pätee yleistysenä. Tuomarin ratkaisupakko voi kuitenkin johtaa siihen, että hänen on konstruoitava oikeusjärjestykselle sisältö silloinkin, kun oikeustieteilijä voi tyytyä eri suuntiin johtavien argumentaatioketjujen samantarvoisuuteen.

kaisena kokonaisuutena ei 1.1.1994/1.1.1995 jälkeen³⁶⁴ voida kuvata tekemättä edellisessä luvussa kuvattua eurooppalaistuneen oikeusjärjestyksen perusoletusta. Uutta institutionaalista faktaa vastaa siis tässä tapauksessa muutos oikeudellisen kognition edellytyksissä. Tämä on kertakaikkinen *on-off* -tyyppinen muutos, ei asteittainen tapahtuma. Juridiikan puitteissa esitettävät *representaatio-merkitys-representatio* -ketjut ovat päteviä oikeudellisia presentaatioita³⁶⁵ vain, jos niihin sisältyvät asiaankuuluvat EU-oikeudelliset lähteet ja niiden ilmentämät oikeusnormit.

Edellä luvussa 2 kuvatut oikeusjärjestyksen muutokset ilmentävät tällaisen normatiivisen muutoksen tapahtumista. Suomalaisen oikeusyhteisön näkökulma unionioikeuteen muuttui sisäiseksi joko merkityksessä hermeneuttisesti sisäinen tai merkityksessä kognitiivis-normatiivisesti sisäinen. Tuomareille ja viranomaisille kysymys on kognitiivis-normatiivisesti sisäisestä näkökulmasta, oikeustieteilijöille, asianajajille ja juridiikan jossakin asiayhteydessä kohtaaville ei-juristeille hermeneuttis-sisäisestä näkökulmasta. Ennen ETA/EU-jäsenyyttä sisäinen – merkityksessä hermeneuttis-sisäinen – näkökulma unionioikeuteen oli vain pienellä joukolla virkamiehiä, yritysjuristeja ja eurooppaoikeuden tutkijoita. Toisaalta tällaisen yhdellä kertaa tapahtuneen, juridisen tiedostamisen edellytyksiä koskeneen muutoksen tapahtumista ei ole edes kiistetty joitakin unionijäsenyyttä valtiosäännön vastaisena pitäviä kansalaisaktivisteja lukuun ottamatta.

7.4. Eurooppalaistuneen oikeusjärjestyksen olemassaolosta

Edellä on *Jonesin* ajatusten tarkastelun yhteydessä viitattu Hartin oikeusjärjestyksen olemassaololle esittämiin kriteereihin, joista toinen koski tunnustamissäännön hyväksymistä viranomaisten taholla eli siihen kohdistuvan sisäisen näkökulman olemassaoloa ja kolmas oikeusjärjestykseen kuuluvien primäärisääntöjen pääpiirteittäistä noudattamista.³⁶⁶

Kun oikeusjärjestyksen eurooppalaistuminen on määritelty juridiikan perusoletuksen eurooppalaistumiseksi, voidaan siihen liittyen esittää samanlaiset kysymykset kuin *Hartin* teoriassa esitetään tunnistamissäännöstä ja sen olemassaolon kriteereistä. Missä mielessä eurooppalaistuneen juridiikan perusoletuksen ilmentämä oikeusjärjestyksen eurooppalaistuminen on sosiaalinen fakta Suomessa? Juridiikan perusoletuksen eurooppalaistuminen kertoo vain sen, miten pätevän juridiikan episteemiset edellytykset ovat muuttuneet eli miten juridiikkaa *pitäisi* harjoittaa Suomen tultua EU:n jäseneksi. Tämä on luonnollisesti eri asia kuin se sosiologinen, psykologinen tai sosiaalipsykologinen seikka, miten juridiikkaa sen eri rintamilla käy-

³⁶⁴ Historiallisesti ja teoreettisesti oikein lieene katsoa, että juridiikan perusoletus muuttui ensimmäisen kerran ETA-sopimuksen voimaantulon yhteydessä ja toisen kerran unionijäsenyyden alkaessa. Näin siksi, että ETA-sopimuksen ulkopinnan valtiosopimus-oikeudellisuudesta huolimatta se avasi normatiivisesti Suomen oikeusjärjestyksen EY-tuomioistuimen oikeuskäytännölle ja ainakin rajoitetusti yhteisön oikeuden materiaalisille oikeusperiaatteille.

³⁶⁵ Ks. oikeudellisten kielitekojen onnistumisesta Ruiter 2001 s. 2–4, 21–27.

³⁶⁶ Ks. edellä 6.1.3. Ensimmäinen kriteeri oli siis oikeus primääri- ja sekundäärisääntöjen yhteytenä.

tännössä harjoitetaan. Tuolloin kysymys ei ole normatiivisen pitämisen tason muutoksesta, vaan empiirisestä muutoksesta oikeudellisissa käytännöissä eli todellisuudessa harjoitetussa juridiikassa.

Juridiikan perusoletuksen muuttuminen normatiivisen sisäisen näkökulman omaksumisena unionioikeuteen näkyy selvimmin lainvalmistelussa ja eduskuntatyöhön liittyvässä juridiikassa, kuten perustuslakivaliokunnan tulkinnoissa. Lainsäädäntö on tiettyjä poikkeuksia lukuun ottamatta sopeutettu unionioikeuden vaatimuksiin vapaaehtoisesti ja mahdollisimman korrektisti. Myös tuomioistuinten käytännössä juridiikan perusoletuksen muutos ilmeni sangen ripeästi, varsinkin ylimpien tuomioistuinten kohdalla. *Hartin* oikeusjärjestyksen olemassaololle asettama edellytys tunnistamissäännön normatiivisesta hyväksymisestä eli eurooppalaistuneen oikeuden sekundäärisääntöjen kokemisesta viranomaisten toiminnassa velvoittavina yhteisinä ja julkisina standardeina näyttää siten yhteiskunnalliselta tosiasialta.

Toisaalta on kiinnitettävä huomiota siihen, että tällaisesta normatiivisesta hyväksymisestä huolimatta tuomioistuimien ja asianajajakunnan tiedolliset edellytykset soveltaa unionioikeutta korrektisti tai vedota siihen eivät välttämättä ole samalla tasolla kuin kotoperäisen oikeuden kohdalla. Eräissä tuomioistuimissa eurooppaoikeudellinen osaaminen on tiettyjen oikeudenalojen kohdalla sangen korkeatasoista, mikä johtuu eurooppaoikeuden tiettyjen lohkojen soveltamisen keskittymisestä niihin. Tämä koskee esimerkiksi Helsingin hallinto-oikeutta ja välillistä verotusta, vakuutus-oikeutta ja EU:n sosiaaliturvajärjestelmien yhteensovittamissäännöksiä sekä markkinaoikeutta ja julkisia hankintoja koskevia direktiivejä. Edellä viitattu presidentti Koskelon havainto siitä, että unionioikeudelliset kysymyksenasettelut havaitaan vasta ylimmissä asteissa ja sielläkin viran puolesta, pitää yleisten tuomioistuinten lisäksi paikkansa myös suuressa osassa hallintolainkäyttöä. Myös ennakkoratkaisupyyntöjen määrä, jota en pidä erityisen vähäisenä, mutta joka voisi olla suurempikin, indikoi jonkinlaista varautuneisuutta. Varsinaisen normatiivisen vastarinnan puuttumisesta huolimatta on todennäköistä, että unionioikeutta jollakin tavoin vierastetaan, se koetaan tunnustetusta normatiivisesta statuksestaan huolimatta ”ulkomaiseksi” oikeudeksi, johon paneutuminen vaatii erityistä vaivaa ja erityisiä syitä.

Miten unionioikeus täyttää Suomessa sitten oikeusjärjestyksen olemassaolon kolmannen hartilaisen kriteerin eli sen primäärisääntöjen pääpiirteittäisen noudattamisen (*general compliance*)? Asiaa on tarkasteltava kahdella eri tasolla eli jäsenvaltioiden velvoitteiden tasolla ja primääritasolla liittyen viranomaisten ja yksityisten käyttäytymiseen.

Jäsenvaltiona Suomi on pyrkinyt noudattamaan tunnollisesti jäsenyysvelvoitteitaan ja myös yleisellä tasolla onnistunut pyrkimyksessään. Ongelmia ovat tässä suhteessa aiheuttaneet val-

tiosäännön tasolla Ahvenanmaan itsehallinnosta seuranneet komplikaatiot sekä materiaalisesti pyrkimys valtion fiskaalisten intressien puolustamiseen viimeiseen asti.³⁶⁷

Primääritasolla unionioikeuden olemassaolo on käsitteellisesti siinä suhteessa ongelmallinen, että valtaosa unionioikeudellisista käyttäytymisnormeista on voimassa vain välillisesti eli direktiivien sisältönä. Jos ja kun direktiivi on oikein implementoitu, se ei tule miltään osin noudatettavaksi primääritason käyttäytymisessä tai sen arvioimisessa. Tällä varauksella viranomaiskäyttämisen kohdalla voidaan EU-oikeuden noudattamisen todeta olevan yleisellä tasolla tunnollista, mihin viittaa virheelliseen hallintokäytäntöön perustuvien Suomea vastaan kohdistettujen valvontamenettelyjen suhteellinen harvalukuisuus. Edellä mainitsemani valtion fiskaalisten intressien puolustaminen on tietysti näkynyt myös hallinnon tasolla liittyen esimerkiksi autoverotukseen.

Yksityisten subjektien tasolla unionioikeuden olemassaoloa voidaan arvioida ensinnäkin siitä näkökulmasta, vedotaanko niihin viranomaisia vastaan eli pidetäänkö unionioikeutta järjestelmänä, joka luo yksityisille oikeuksia suhteessa julkiseen valtaan. Tässä suhteessa voidaan todeta, että suomalaiset ovat olleet ilmeisen valmiita strategisesti nojautumaan unionioikeuteen. Esimerkiksi Rundgren-tuomiossa (C-389/99) esillä ollut kysymys sosiaaliturvamaksun perimisestä Ruotsista saadusta eläketulosta samoin kuin autoverotus ja osinkoverotus ovat koskettaneet kymmeniä tuhansia kansalaisia. Havaintojeni mukaan yritykset ovat erityisesti oman toimialansa asioissa sekä asiantuntevasti että pontevasti turvautuneet EU-oikeuteen. Niillä sektoreilla, joissa unionioikeus ilmenee suoraan yksityisiin sovellettavana sääntelynä – esimerkiksi maatalousasioissa – ei sen normatiiviseen sitovuutta sinänsä näytetä kiistettävän.

Oletan kuitenkin, että unionioikeutta ei pidetä legitimitetiltään samanarvoisena kansallisen oikeuden kanssa. Tähän viittaavat medioissa ja myös poliittisessa järjestelmässä ajoittain käytyvät keskustelut siitä, pitääkö unionioikeutta noudattaa niin tarkasti, ja sen taustalla oleva (väärin)käsitys Suomen poikkeuksellisesta tunnollisuudesta jäsenvaltiona. Havaintojeni mukaan tällainen keskustelu heijastaa väestössä yleisemminkin vallitsevia tunteja. Hartin teoriasa kriittis-reflektiivisena sisäisenä näkökulmana ilmenevä hyväksyntä koskee kuitenkin ainoastaan sekundäärisääntöjä ja viranomaisia. Sen kannalta primäärikäyttämisen tason legitimitetti ei ole olennaista oikeusjärjestyksen olemassaololle, sikäli kuin se ei ilmene käyttämisen laajamittaisena oikeusjärjestyksen vastaisuutena.

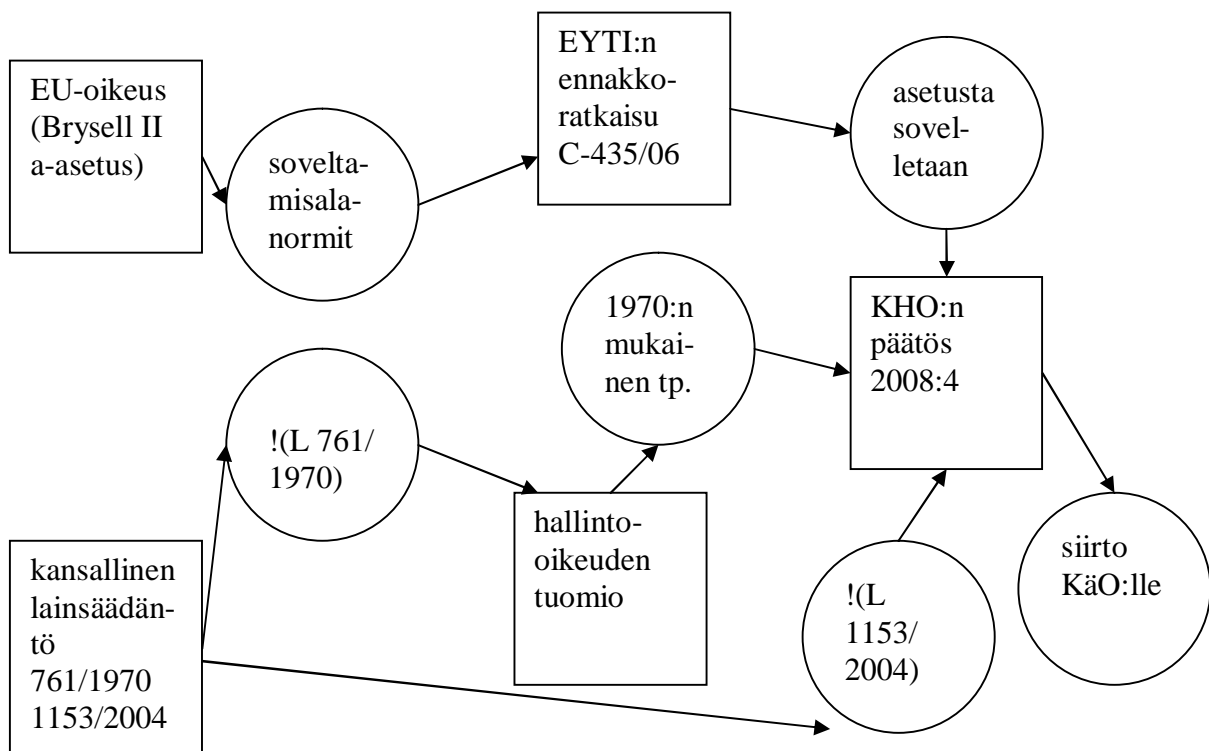
Tutkimukseni artikkeliosuudessa ei ole paneuduttu kysymykseen suomalaisen oikeustieteen eurooppalaistumisesta, vaan huomion kohteena ovat olleet lainsäätö ja oikeuskäytäntö. Tästä huolimatta voinen tuoda esille sen havainnon, että eurooppaoikeus akateemisena oppiaineena on vakiintunut, mutta vähän resursoitu. Aineella on ainoastaan kolme professuuria, ja siitä on Suomessa väitellyt vain muutama. Kuten jaksossa 2.1.2. totesin, jos oikeusjärjestyksen eu-

³⁶⁷ Viimeksi mainittua ilmentää oikeuskäytännössä ilmennyt tarve soveltaa etusijaperiaatetta välillisessä verotuksessa. Ks. alaviite 90 edellä.

rooppalaistuminen todella tarkoittaisi esimerkiksi 80 prosenttia lainsäädännöstä, oikeustieteellisen opetuksen ja tutkimuksen voimavarat olisivat vakavasti väärin suunnattuja.

Yhteenvedona oikeusjärjestelmän ja juridiikan eurooppalaistumista koskevasta esityksestä ja argumentaationi illustroimiseksi tarkastelen esimerkkinä Ruotsin lainsäädännön mukaisen lapsen huostaanottopäätöksen täytäntöönpanoa koskenutta asiaa. Siihen liittyen on annettu KHO:n päätökset 2006:76 (ennakkoratkaisupyyntö) ja 2008:4 sekä EY-tuomioistuimen päätös asiassa C-435/06.³⁶⁸ (Asia on ollut vireillä myös Ruotsissa, alustusasiana lääninoikeudessa, valitusasiana kamarioikeudessa ja Ruotsin tuomioistuinten toimivaltaa koskevana kysymyksenä *Regeringsrätten*issä.)

Soveltamalla yksinkertaistettua *representaatio-merkitys-representatio* –mallia asia voidaan esittää seuraavasti:



Asiassa oli kysymys Ruotsin viranomaisten tekemän, kahden lapsen väliaikaista huostaanottoa koskeneen päätöksen täytäntöönpanosta Suomessa tilanteessa, jossa lasten vanhempi oli tuonut lapset Suomeen. Suomessa asianomainen poliisilaitos suostui Ruotsin viranomaisten pyyntöön lasten palauttamisesta Ruotsiin. Poliisilaitos sovelsi huoltoa tai hoitoa koskevan päätöksen täytäntöönpanoa varten tapahtuvasta luovuttamisesta Islantiin, Norjaan, Ruotsiin tai Tanskaan annettua lakia (761/1970). Poliisilaitoksen päätös pantiin täytäntöön välittömästi ja

³⁶⁸ Olen ollut KHO:ssa asian ratkaisseessa kokoonpanossa tarkastavana jäsenenä.

lapset luovutettiin Ruotsin sosiaaliviranomaiselle. Hallinto-oikeus hylkäsi mainitun lain nojalla poliisilaitoksen päätöksestä tehdyn valituksen.

Hallinto-oikeuden päätöksestä korkeimpaan hallinto-oikeuteen tehtyä valitusta käsiteltäessä heräsi kysymys siitä, soveltuuko asiallisesti ja ajallisesti neuvoston asetus (EY) N:o 2201/2003 tuomioistuimen toimivallasta sekä tuomioiden tunnustamisesta ja täytäntöönpanosta avioliittoa ja vanhempainvastuuta koskevissa asioissa ja asetuksen (EY) N:o 1347/2000 kumoamisesta eli niin sanottu Bryssel II a-asetus kysymyksessä olleeseen tilanteeseen ja estääkö asetus vuoden 1970 luovutuslain soveltamisen.

EY-tuomioistuin katsoi ennakkoratkaisussaan myös julkisoikeudellisen lastensuojelun olevan unionioikeuden kannalta vanhempainvastuuta koskeva kysymys ja siten siviilioikeudellinen käsitteen EU-oikeudellisessa merkityksessä. Asetusta oli siten sovellettava asiassa ja etusijaperiaate esti pohjoismaisen luovuttamislain soveltamisen. Ennakkoratkaisun saatuaan korkein hallinto-oikeus poisti ja kumosi poliisilaitoksen ja hallinto-oikeuden päätökset sekä siirsi asian Bryssel II a-asetuksen soveltamisesta annetun lain (1153/2004) mukaan toimivaltaiselle käräjäoikeudelle. Korkein hallinto-oikeus määräsi kuitenkin hallintolainkäyttölain 32 §:n 3 momentin nojalla, että kumottua poliisilaitoksen päätöstä oli noudattava, kunnes toimivaltainen tuomioistuin ehkä toisin määräisi.

Kuviossa neliöt siis edustavat representaatioita (tekstejä) ja ympyrät niiden normatiivisia merkityksiä, jotka siis voivat olla yleisiä normeja³⁶⁹ tai individuaalinormeja kuten tuomioistuinten ratkaisuja. Hallinto-oikeuden päätöksen lähtökohtana olivat kansalliseen lainsäädäntöön kuuluvat asiaan vaikuttavat normit, joiden se katsoi löytyvän vuoden 1970-laista. Ennen korkeinta hallinto-oikeutta asiassa ei ollut viitattu tai vedottu unionioikeuteen. Hartilaisesti unionioikeus ei siten ”ollut olemassa” asiassa tuossa vaiheessa eikä viranomaisten ja asianosaisten edustajien asiassa harjoittama juridiikka eurooppalaistunutta.

Korkeimman hallinto-oikeuden ennakkoratkaisupyyntö toi esille asian mahdollisen unionioikeudellisen ulottuvuuden. Esimerkiksi lakia 1153/2004 koskeneessa hallituksen esityksessä oli todettu epäselväksi se, soveltuuko Bryssel II a-asetus lastensuojelupäätöksiin. Ennakkoratkaisunsa EY-tuomioistuin antoi unionioikeudellisen juridiiikan perusoletuksen mukaisesti soveltaen yksinomaan unionioikeutta ja käsitellen kansallista oikeutta tavallaan vain ”oikeustosisieikkoina”. Ennakkoratkaisu antoi asialle sitovan unionioikeudellisen kvalifioinnin ja esti vuoden 1970 lain soveltamisen.

Kansallisen tuomioistuimen tehtäväksi jäi konstruoida kontekstuaalinen oikeusjärjestys, siis momentaarinen, alueellinen ja kontekstuaalinen johdonmukaisen normatiivisen merkityksen kenttä, joka ilmaisee asiaan liittyvät velvollisuudet, oikeudet ja toimivallat. Tällaisen oikeusjärjestyksen elementtejä olivat:

³⁶⁹ Merkintä !(säädosnumero) tarkoittaa ao. lakitekstistä ilmeneviä normeja ja lyhenne tp täytäntöönpanoa.

- Bryssel II a-asetuksen soveltamisalaa koskevat normit EY-tuomioistuimen tulkitsemina,
- etusijaperiaate vuoden 1970 lain soveltamisen estävänä norminvalintasääntönä,
- asetuksen kansallisen voimaanpanolain säännökset toimivaltaisen käräjäoikeuden määrätymisestä,
- hallintolainkäyttölain hallintotuomioistuimelle täytäntöönpanomääräyksen suhteen antama harkintavalta, jota on lastensuojeluasioissa käytetty turvaamaan lasten olosuhteiden stabiilitteetti oikeusriidan jatkumistilanteissa sekä
- korkeimman hallinto-oikeuden itselleen oletettava toimivalta siirtää asia käräjäoikeudelle.

Oikeusjärjestyksen kontekstuaalisuuteen liittyvät momentaarisuus ja asiakohtaisuus tulevat asiassa korostettuina esille. Jos Ruotsissa lääninoikeuden päätös olisi annettu muutamaa päivää aikaisemmin eli helmikuun 2005 puolella³⁷⁰, korkeimmassa hallinto-oikeudessa ei olisi ollut syytä tehdä ennakkoratkaisupyyntöä, koska Bryssel II a-asetusta ei missään nimessä olisi voitu soveltaa. Tuolloin myöskään ei sitä oikeusjärjestelmätason normatiivista täsmentymistä, joka sisältyy EY-tuomioistuimen ratkaisuun, olisi saatu.

Korkeimmassa hallinto-oikeudessa sekä asianosaisen edustaja että tuomioistuin itse olisivat toimintansa episteemiseksi lähtökohdaksi eurooppalaistuneen oikeusjärjestyksen juridiikan perusoletuksen sellaisena kuin se on edellä kuvattu. Ainakaan niiden toiminta ei olisi muutoin ymmärrettävissä. Hallinto-oikeudessa ja poliisilaitoksen hallintomenettelyssä unionioikeus ei siis ”ollut olemassa”; sen relevanssia asiassa ei tiedostettu. Tämä ei kuitenkaan tarkoita, että unionioikeus ei olisi ollut ”voimassa”, vaan epäilyksettä sitä olisi sovellettu, jos siihen olisi vedottu. Oikeusjärjestelmän eurooppalaistumisessa normatiivinen muutos eurooppaoikeuden kansallista voimassaoloa koskevana ja empiirinen muutos sen empiirisenä olemassaolona (tehokkuutena) ovat siten kaksi eri asiaa; edellinen koskee pätevän juridiikan kriteerejä, jälkimmäinen onnistumista niiden omaksumisessa.

³⁷⁰ Jos sekä asia olisi tullut vireille että lääninoikeuden päätös olisi annettu Ruotsissa ennen 1.3.2005, ei Bryssel II a-asetus olisi ollut sovellettavissa ajallisesti.

8. Eurooppalaistuva oikeusjärjestelmä

8.1. Eurooppaoikeus oikeusjärjestelmänä

F.E.Dowrick kiisti vuonna 1984 julkaisemassa laajassa artikkelissa ”A Model of the European Communities Legal System”³⁷¹ oikeuspositivismin modernien klassikkojen Kelsenin ja Hartin teorioiden selitysvoiman Euroopan yhteisöjen oikeusjärjestyksen suhteen.

Kelsenin kohdalla hänen pääargumenttejaan olivat seuraavat:

- yhteisön oikeutta ei voida pitää pakottavana sosiaalisena järjestyksenä, vaan se on varsinainen sanktiomekanismien puuttuessa luonteeltaan pikemminkin konsensuaalinen järjestys, mikä ei poista sen elinkelpoisuutta oikeusjärjestyksenä;³⁷²
- *Stufenbaun* edellyttämä normihierarkia perusnormineen puuttuu yhteisön oikeudelta, koska perustamissopimus ei ole yksiselitteisesti sen ylin normi. Esimerkiksi EY-tuomioistuimen oikeuskäytäntö ja neuvoston perussopimusten oikeusperustoja tulkinnallisesti laventava lainsäädäntökäytäntö 1970- ja 1980-luvulla osoittivat Dowrickin mielestä sen, että yhteisön oikeus ei perustunut yksinomaan perustamissopimuksen sitovuutta koskevaan perusnormiin. Toisaalta Kelsenin kansainväliselle oikeudelle tarjoama perusnormi (valtioiden tulisi käyttäytyä kuten ne tavanomaisesti käyttäytyvät ja/tai *pacta sunt servanda*) on ristiriidassa yhteisön oikeuden perusajatuksen kanssa; yhteisön oikeuden tarkoituksena on nimenomaan se, että jäsenvaltiot toimivat toisin kuin valtiot yleensä;³⁷³
- Yhteisö ei täytä sen enempää liittovaltion (*federaatio*) kuin kansainvälisoikeudellisen valtioliitonkaan (*konfедераatio*) tunnusmerkkejä eikä sen oikeusjärjestys näin ollen ole sen enempää valtiollinen kuin kansainvälisoikeudellinenkaan. Kelsenin mukaan oikeusjärjestyksen on oltava jompaakumpaa tyyppiä.³⁷⁴

Hartin ajatuksia Dowrick pitää selitysvoimaisempina kuin Kelsenin, mutta päättyy kuitenkin pitämään Hartinkin käsityksiä epätydyttävänä. Pääongelmana on Hartin teoria oikeusjärjestyksestä oikeussäännöistä muodostuvana kokonaisuutena, mikä ei sovi yhteen yhteisön oikeuden rakenteellisen monimuotoisuuden kanssa. Dowrick yhtyy *Ronald Dworkinin* Hart-kritiikkiin ja korostaa tavoitteiden, politiikkojen ja periaatteiden merkitystä yhteisön oikeudessa. Dowrickin mielestä myös yhteisön oikeuteen pätevät Hartin ajatukset oikeuden jakautumisesta primääri- ja sekundäärisääntöihin sekä oikeusjärjestyksen olemassaolon riippumi-

³⁷¹ Ks. Dowrick 1984.

³⁷² Ks. Dowrick s. 178–180.

³⁷³ Ks. Dowrick s. 180–182. Dowrickin mielestä Kelsenin kansainväliselle oikeudelle muotoilema perusnormi on ”transcendental nonsense”. (s. 225).

³⁷⁴ Ks. Dowrick s. 182–185.

sesta ensiksi mainittujen pääpiirteittäisestä tehokkuudesta ja jälkimmäisiin viranomaisten taholla kohdistuvasta hyväksynnästä. Sen sijaan mitään järkevää tapaa formuloida yhteisön oikeudelle tunnistamissääntö ei hänen mielestään ole löydettävissä.³⁷⁵

Dowrickin oman mallin lähtökohtana on näkemys, jonka mukaan yhteisön oikeus muistuttaa institutionaalisesti ja toiminnallisesti enemmän liittovaltion kansallista oikeutta kuin kansainvälistä oikeutta. Oikeusjärjestyksenä yhteisön oikeus sisältää erilaisia auktoritatiivisia propositioneja (*authoritative propositions*), jotka *Dowrick* jakaa neljään luokkaan: sääntöihin, sääntöihin liittyviin klausuuleihin (*clauses allied to rules*), periaatteisiin ja tavoitteisiin. Säännöillä *Dowrick* tarkoittaa lähinnä suhteellisen tarkkarajaisia käyttäytymisnormeja. Klausuuleja ovat erilaiset yhteisöihin liittyvät kompetenssinormit ja menettelylliset säännöt. Periaatteita ovat *Dowrickin* mukaan EY-tuomioistuimen käytettävissä olevat yleisluonteiset normatiiviset propositionit, jotka luovat koherenssia yhteisön oikeuteen ja antavat dynamiikkaa sen kehitykselle. Periaatteiden lähteenä voivat toimia perussopimusten tekstin lisäksi kansainvälinen oikeus, jäsenvaltioiden oikeudet tai luonnonoikeudelliset eettisen doktriinit. Tavoitteet ovat perustamissopimuksista ja jäsenvaltioiden kannanotoista ilmeneviä päämääriä, jotka ohjaavat yhteisön toimintaa ja jotka siksi on otettava huomioon teleologisesti tulkittaessa ja sovellettaessa yhteisön oikeutta.³⁷⁶

Dowrickin mukaan yhteisön oikeus voidaan rakenteellisesti jakaa konstitutionaalisen tason ylärakenteeseen (*superstructure*) ja sen alapuolella olevaa tavallisen oikeuden tasoon (*infrastructure*). Ylärakenne sisältää materiaalista konstituutiota vastaavan osan yhteisön oikeudesta, alarakenne muun osan. Koska yhteisön oikeudesta ei ole löydettävissä perusnormia tai tunnistamissääntöä, yhteisön tason ja kansallisen tason välinen oikeudelliset valtasuhteet eivät määrydy selkeästi ja niihin liittyy jatkuvia latentteja konflikteja. Rakenteidensa ja autonomiavaatimustensa kannalta yhteisön oikeus muistuttaa federalismia, ja *Dowrickin* kirjoituksesta välittyy hänen uskonsa tällaisen liittovaltiotyypin kokonaisuuden vakiintumiseen. Oikeusjärjestyksenä se on luonteeltaan uusi, hybridi, dynaaminen, metamorfinen ja vapaaehtoisesti noudatettu; se ennakoi uudenlaisen poliittisen yhteisön (*closely-knit polity*) kehittymistä Länsi-Eurooppaan.³⁷⁷

Werner Schroeder pitää samaten yhteisön oikeuden rakenteellista monimutkaisuutta ja kerroksellisuutta perusteena hylätä Kelsenin ja Hartin oikeuspositivismi yhteisön oikeuden ymmärtämisen lähtökohtana. *Dowrickin* avaamaa latua seuraten hänkin korostaa *Dworkinin sääntö-periaate* -erottelun suuriarvoista merkitystä myös eurooppaoikeuden ymmärtämiselle. Oikeusteoreettisena viitekehyksenä hänellä on puhtaan oikeusopin taikka analyttisen tai institutionaalisen oikeuspositivismin sijasta *Werner Krawiezin* ”uutta institutionalismia” (*der neue Institutionalismus*), jäljempänä uusinstitutionalismi, edustava systeemiteoreettinen ”jälkipositivistinen” oikeusteoria.

³⁷⁵ Ks. *Dowrick* s. 190–205.

³⁷⁶ Ks. *Dowrick* s. 205–219.

³⁷⁷ Ks. *Dowrick* s. 226–237.

Schroederin tavoitteena on osoittaa sekä oikeusteorian että oikeusdogmatiikan tasolla, että yhteisön oikeus³⁷⁸ on autonominen, koherentti ja strukturoitunut systeemi, jota voidaan pitää oikeusjärjestelmänä. (Schroederin ajatuksista keskusteltaessa on väliaikaisesti tarpeen käyttää käsitettä oikeusjärjestelmä laajassa merkityksessä siten, että se käsittää oikeusjärjestyksen normijärjestyksenä lisäksi myös varsinaisen oikeusjärjestelmän eli oikeusperiaatteiden ja oikeuskäsitteiden tason.)

Yhteisön oikeus osoittaa *Schroederin* mukaan sen, että oikeusjärjestelmä ei käsitteellisesti ole sidoksissa valtion käsitteeseen tai *Carl Schmittin* tarkoittamaan fiktiiviseen eksistentiaaliseen konfliktiin, vaan se voidaan määritellä myös normaalitilanteen eikä poikkeustilan kautta. Yhteisön oikeus on institutionaalisesti reaalinen ilmiö, joka ei oikeudellisesti kiinnity valtion käsitteeseen vaan kansalaisiin. Se on ymmärrettävissä nimenomaan normaalitilan kautta eli silloin kun se toimii omien premissiensä mukaisesti. Yhteisön oikeus on systeeminä dynaaminen ja monitasoinen oikeusjärjestelmä, sillä on erittäin monimutkainen oikeuslähdeoppi ja eriytynyt institutionaalinen rakenne. Oikeusjärjestelmänä se on kansallisten oikeusjärjestysten yläpuolella, joskin monin tavoin yhteenkietoutunut niiden kanssa. Yhteisön oikeuden suhde kansallisiin oikeuksiin järjestyy etusijaperiaatteen ja perustamissopimuksen tavoitteiden pohjalta niin kuin EY-tuomioistuimien niitä kulloinkin soveltaa. *Schroederin* mielestä EY-tuomioistuimen oikeuskäytännöstä ei kuitenkaan löydy teoreettisia perusteluja tälle yhteisön oikeuden etusijalle, mikä on varsinkin Maastrichtin sopimuksen jälkeen muodostunut ongelmaksi, kun kansalliset valtiosääntötuomioistuimet ja monet tutkijat ovat yrittäneet suhteellistaa yhteisön oikeuden autonomiaa ja ensisijaisuutta.³⁷⁹ Tämän vuoksi on tarpeen systeemitheorian pohjalta selvittää yhteisön oikeuden pätevyyden, rakenteen ja funktioiden riippuvuussuhteita ja niiden muodostamaa kokonaisuutta, jotta voitaisiin esittää teoreettinen perustelu yhteisön oikeudelle systeeminä.

Schroederin mukaan 1900-luvun oikeuspositivistiset suuntaukset, puhdas oikeusoppi sekä analyttinen oikeuspositivismi ja sen jatkokehittämänä institutionaalinen oikeuspositivismi osoittautuvat puutteellisiksi, kun ne asetetaan EY-tuomioistuimen oikeuskäytännön kautta kehittynyttä yhteisön oikeuden todellisuutta vastaan. Hänen mielestään yhteisön oikeuden pätevyyttä ei voida loogisesti perustella sen enempää fiktiivisillä perusnormeilla kuin empiirisillä tunnistamissäännöilläkään. Olennaista tässä suhteessa on *etusijaperiaate*, joka ei ilmene oikeusnormien pätevyyteen vaan niiden soveltamisen etusijajärjestykseen vaikuttavana asiana. Institutionaalisen oikeuspositivismin piirissä kehitetyt pluralistiset näkemykset yhteisön oikeuden ja kansallisten oikeuksien välisestä suhteesta eivät liioin ole vakuuttavia, koska tarkastellessaan asiaa kahden erillisen perusnormin tai tunnistamissäännön näkökulmasta ne siir-

³⁷⁸ Schroeder nimenomaisesti kiistää sen, että unionioikeus ja yhteisön oikeus muodostaisivat yhden oikeusjärjestyksen. Ks. Schroeder s. 33–43. Ks. alla olevasta esityksestä Schroederin tutkimuksestaan esittämä kokonaistulos s. 489–493.

³⁷⁹ Todettakoon, että tässä on nojaututtu myös oikeusteoreettiseen oikeusperiaatteen käsitteeseen katsomalla, että kun etusijaperiaate on periaate eikä sääntö, se ei kaikissa tilanteissa yksiselitteisesti johtaisi yhteisön oikeuden vastaisen kansallisen oikeuden syrjäyttämiseen. Tämän päättelyn Schroeder torjuu. Ks. tästä keskustelusta Schroeder s. 385–386.

tävät ongelman vain teoreettisesti toiselle tasolle. Schroederin mielestä tällaiset metanormien tasolla liikkuvat teoriat ovat tietoteoreettisesti tai legitimaatioarvoltaan vähäisiä. Tärkeämpää on Schroederin mielestä tunnustaa se, että yhteisön oikeus on sosiaalisesti tehokas järjestelmä, koska sen normit hyväksytään sekä oikeudellisten viranomaisten (*Rechtsstab*) että oikeusala-
maisten keskuudessa velvoittaviksi ja ensisijaisiksi.

Yhteisön oikeuden systeemiluonteen avain on *Schroederille* konstituution (*Verfassung*) käsite. Konstituutio on hänelle teleologinen ja institutionaalinen käsite, joka ei ole sidoksissa val-
tioon ja joka yhdistää oikeuden ja sosiaalisen todellisuuden. Tällainen sosiaalisesti tehokkaan ja hyväksytyn funktionaalisen konstituution käsite selittää myös yhteisön oikeuden pätevyy-
den paremmin kuin positivistiset teoriat; oikeusjärjestys on voimassa, koska konstituutio, joka sisältää myös oikeuslähdeopin, on tehokas. Yhteisön oikeuden pätevyyden perusteena on yh-
teisön konstituutio, jonka jäsenvaltiot loivat yhdellä teolla tehdessään sopimuksen yhteisön perustamisessa. Yhteisön konstituutio sijoittuu siten perustamissopimuksiin, mutta ei samaistu niihin, koska kysymyksessä on materiaallinen konstituutio, joka ylimmällä normatiivisella tasolla sääntelee Euroopan yhteisöä julkisena yhteisenä järjestyksenä (*öffentliche Gemeinwesen*). Yhteisön konstituutio on näin ollen myös jäsenvaltioiden konstituutioiden yläpuolella.

Funktionaalisen materiaalisena konstituutiona yhteisön konstituutio määrittää yhteisön insti-
tutionaalisen rakenteen, normihierarkian perusteet, oikeussuojajärjestelmän takeet, yksityisten oikeussubjektiviteetin perusteet, muut perustavat valtiosääntöperiaatteet ja konstitutionaaliset tavoitteet. Se myös osoittaa oman legitimaatiofunktionsa. Viimeksi mainittu perustuu *Schroederin* mielestä yhteisössä yksinomaan oikeuden ideaan (*Idee des Rechts*), ei fiktiivisen poliit-
tisen suvereenin tahtoon tai teknokraattiseen tehokkuuteen. Yhteisön oikeuden legitimitietin takeena on siten sen luonne oikeusyhteisönä. EY-tuomioistuin ratkaisee yhteisön ja kansallisten valtiosääntöjen väliset fundamentaaliset konfliktit legitiimisti EY 234 artiklan mukaisessa ennakkoratkaisumenettelyssä; vaikka jokin valtiosääntötuomioistuin tai kansallinen ylin tuo-
mioistuin yksittäistapauksessa virheellisesti sivuuttaisikin yhteisön oikeuden etusijavaatimuk-
sen, tämä ei kuitenkaan *Schroederin* mielestä voi asettaa kysymyksenalaiseksi yhteisön kon-
stituution luonnetta ylimpänä normijärjestyksenä.

Schroederin oikeusteoreettisena lähtökohtana on siis *Werner Krawietzin* edustama uusinstitu-
tionalismi. Uusinstitutionalismi hylkää perusnormit ja muut äärinormit oikeuden pätevyyden perustana, muttei myöskään hyväksy oikeuden voimassaolon mittapuuksi luonnonoikeudelli-
sia tai muita moraalisia kriteerejä. Kysymys on siinä merkityksessä oikeuspositivistisesta ajat-
telusta, että se erottaa oikeuden voimassaolon perustan sekä moraalista että tehokkuudesta. Oikeuden pätevyys perustetaan kuitenkin sosiaalisesti tehokkaaseen konstituutioon, mutta samalla oikeus ymmärretään normatiivisena, oikeussäännöistä ja oikeusperiaatteista muodos-
tuvana järjestyksenä.³⁸⁰ *Schroederille* oikeudessa on keskeistä periaatteiden tärkeä systemaat-
tinen merkitys samalla kun hän kuitenkin torjuu *Dworkinin* ajatuksen yhdestä ainoasta oikeas-

³⁸⁰Ks. *Schroeder* s. 88–93.

ta ratkaisusta kiperissä tilanteissa. Schroeder korostaa myös oikeusperiaatteiden positiivisuutta. Ne ovat osa oikeusjärjestelmää ainoastaan, jos ne ovat positiiviseen oikeuteen kuuluvia ja oikeusnormeina sosiaalisesti tehokkaita. Oikeusperiaatteiden merkitys ei myöskään rajoitu yksityisten oikeuksien määrittämiseen, vaan ne voivat olla myös osa institutionaalisiin valtasuhteisiin ja -rakenteisiin liittyvää sääntelyä.³⁸¹

Mattias Kumm julkaisi toukokuussa 2005 eksplisiittisesti *Ronald Dworkinin* ja *Robert Alexyn* oikeusteoreettisiin käsityksiin perustuvan mallin ”valtion jälkeisestä konstitutionalismista” (*Constitutionalism Beyond State, CBS*)³⁸². Se täyttää hänen mielestään dworkinilaisen oikeuden eheyden (*integrity*) vaatimuksen kuvatessaan EU:n kokonaisvaltiosäännön tavalla, jossa sekä kansallisten konstituutioiden että unionin konstituution periaatteet esitetään parhaassa mahdollisessa valossa. CBS täyttää siten oikeusteoreettisena mallina osuvuuden (*fit*) vaatimuksen. Samalla CBS poistaa Kummin mielestä unionin *sui generis*-luonnetta korostavaa keskustelua vaivaavan taipumuksen epäteoreettiseen pragmatismiin. Kummin mielestä pluralistiset lähestymistavat eivät ole onnistuneet kehittämään valtiokeskeisestä perinteestä irtaantumaa kykeneviä käsitteellisiä normatiivisia välineitä. Kummin mielestä oikeusteoriassa ja siihen liittyvässä metakonstitutionaalisessa keskustelussa on annettava keskeinen sija liberaalin ja demokraattisen oikeusvaltion edustamalle poliittiselle moraalille, mikä tekee Dworkinin ja Alexyn ajattelutapaan sitoutumisen luontevaksi lähtökohdaksi.³⁸³

Kummin mielestä valtiokeskeinen (*statist*) oikeudellinen ajattelu mahdollistaa unionioikeuden ja kansallisen valtiosäännön välisen suhteen tarkastelun joko kansallisen konstitutionaalisen primaatin (*national constitutional supremacy, NCS*) tai eurooppalaisen konstitutionaalisen primaatin (*European constitutional supremacy, ECS*) näkökulmasta. Näitä erottaa käsitys siitä, mikä on unionioikeuden pätevyyden perusta, se itsessään vai kansalliset valtiosäännöt; kysymys on siten pätevyysperustasta, ei norminvalintasäännöstä. Myös kansallinen konstitutionaalinen primaatti voi – kuten Suomessa – mahdollistaa unionioikeuden täydellisen etusijan, mutta vain, koska niin on kansallisessa valtiosäännössä säädetty. Kelseniläisestä tai hartilaisesta äärinormista etenevä tarkastelu johtaa Kummin mielestä pakkoon valita joko NCS tai ECS, mutta valinta niiden välillä muodostuu oikeuden ulkopuoliseksi desisionistiseksi päätökseksi, koska oikeuspositivismi ei mahdollista sellaisten oikeudellisten argumenttien luomista, joiden perusteella valinta olisi tehtävissä.³⁸⁴ Kansallista primaattia puolustavat poliittiset teoriat rakentuvat Kummin mielestä puolestaan empiirisesti epäilyttäville oletuksille kansakunnan merkityksestä. Kummin mielestä eurooppalaisen konstitutionalismin peruskysymyksiä koskevassa keskustelussa on hämärtnyt se tosiasia, että kysymys on normatiivisen

³⁸¹ Ks. Schroeder s. 98–102.

³⁸² Kummin teoreettinen näkemys ei ole sidoksissa perustuslakisopimuksen voimaantuloon, mutta epäilemättä artikkelin sisältö olisi ollut toisenlainen, jos Ranskan ja Alankomaiden kansanäänestysten tulokset olisivat olleet tiedossa artikkelia kirjoitettaessa.

³⁸³ Ks. Kumm s. 266–269.

³⁸⁴ Ks. Kumm s. 269–278.

taustateorian eroista; keskustelijoiden ”oikeuspositivistinen ennakkoluulo” (*positivist prejudice against moral reasoning*) estää heitä näkemästä tätä.³⁸⁵

Kummin esittämän valtionjälkeisen konstitutionalismin perusoletuksena on, että jäsenvaltioiden valtiosäännöt ja unionin konstituutio rakentuvat samanlaisille liberaalin ja demokraattisen oikeusvaltion poliittisen moraalien periaatteille. Kansallisten tuomioistuinten tehtävänä on konstitutionaalisissa konfliktitilanteissa etsiä ratkaisuja, jotka ovat paras mahdollinen tulkinta molempien järjestysten taustalla olevista periaatteista: ”The relevant question is, therefore: what is the interpretation of the relationship between national constitutions and the EU constitution that best fits and justifies legal practices in the European Union, seen as a whole? Or alternatively: what makes national and European constitutional practice in Europe appear in its best light?”³⁸⁶ Kummin ehdottamassa CBS-mallissa jäsenvaltioiden ylimmät tuomioistuimet hyväksyvät unionioikeuden etusijan oikeusperiaatteena, eivät poikkeuksettomana sääntönä. Tietyissä tilanteissa unionioikeuden tulee toisaalta oikeuttaa poikkeus etusijaperiaatteen.³⁸⁷

CBS-malli liudentaa sekä kansallisen suvereniteetin että etusijaperiaatteen. Etusijaperiaate on kuitenkin unionioikeudelle eksistentiaalinen, sen autonomiaa ilmentävä periaate. EY-tuomioistuin totesi tämän jo *Costa v. Enel*-tuomiossa huomauttamalla, että etusijaperiaatetta ei voida asettaa kysymyksenalaiseksi asettamalla samalla koko yhteisön olemassaoloa kysymyksenalaiseksi.³⁸⁸ Samalla tavalla jäsenvaltioiden konstituutioiden viimekätinen suvereeni päätösvalta on niiden valtiollisuuden perusta. Sympaattisuudestaan huolimatta CBS-malli näyttää siksi soveltuvan kuvaamaan kansallisten ja unionin konstituution välistä suhdetta oikeastaan vain niissä kysymyksissä, joihin Kumm ei sitä ensisijaisesti tarkoittanut. Tarkoitin tällä eurooppalaistuneiden oikeusjärjestysten kontekstuaalisten kuvausten rakentamista liittyen sellaisiin materiaalsiin konstitutionaalsiin kysymyksiin kuin perusoikeudet, vallanjako, kansanvaltaisuus ja niin edelleen. Fundamentaalista konstitutionaalista konfliktia ei nähdäkseeni voida ratkaista sen pohjalta.

Dowrick, Schroeder ja Kumm ovat esimerkkejä *Ronald Dworkinin* oikeuspositivismikritiikisään käyttämien mallien läpilyönnistä 1970-luvun jälkeisessä oikeustieteessä. Suomalaisista eurooppaoikeuden tutkijoista *Juha Raitio* on laajasti analysoinut Dworkinin ajattelua ja sen

³⁸⁵ Kumm s. 278.

³⁸⁶ Kumm s. 286. Kumm toteaa (viite 64) tämän näkemyksensä heijastavan Ronald Dworkinin oikeusteoreettisia näkemyksiä; sen hyväksyminen ei kuitenkaan edellytä sitoutumista Dworkinin teoriaan oikeuden eheydestä tai tämän tulkintakäsitykseen. Kummin ajattelutapa muistuttaa Massimo Torren (2000 s. 136–137) rawlsilaisin argumentein perustelemaa oikeudellista pluralismia, joka kuitenkin implikoi sisäisestä näkökulmasta unionioikeuden primaattiin perustuvan normatiivisen monismin.

³⁸⁷ Kumm yrittää näin ollen ylittää unionioikeuden ja kansallisen oikeuden välisen metakonstitutionaalisen paradoksin. Ks. tästä jäljempänä jakso 8.5.

³⁸⁸ EY-tuomioistuin, asia 6/64, *Costa v. ENEL*: ”Mitään kansallisia säännöksiä ei voida asettaa tuomioistuimessa etusijalle perustamissopimukseen perustuvaan oikeuteen nähden, joka on itsenäinen oikeuslähde ja jolla on erityiset alkuperäiset ominaispiirteensä, koska muuten perustamissopimuksen nojalla annettu lainsäädäntö menettää yhteisöluonteensa ja itse yhteisön oikeudellinen perusta saatetaan kyseenalaiseksi.” (korostus – NJ)

kritiikkiä etsiessään välineitä EY-tuomioistuimen teleologisten justifikaatiomallien ymmärtämiseen.³⁸⁹ Myös *Tuomas Ojanen* sisällyttää oikeuden monikerroksellisuuden yhdeksi elementiksi dworkinilaisen jaottelun sääntöjen ja periaatteiden välillä.³⁹⁰

Dworkinin ajatusten menestys ja muuttuminen oikeustieteen yhteiseksi teoreettis-käsitteelliseksi omaisuudeksi perustuu mielestäni osaksi epäreiluun Kelsenin ja Hartin karrikoinmiseen jonkinlaisiksi suljettua systeemiä ja tekstikeskeisyyttä ilmentävän lakipositivismin profeteoiksi.³⁹¹ Tästä huolimatta ei vakavasti otettavassa oikeusteoriassa voida sivuuttaa sitä Dworkinin korostamaa seikkaa, että oikeudella on käsitteellisesti ja normatiivisesti syvyyttä. Se on jotakin enemmän kuin oikeusnormien tai oikeussääntöjen järjestys.

Edellä jaksossa 5.5. esitetyssä oikeuden nelikenttämallissa oikeuden abstraktis-propositionaalista kenttää tai merkityksestä päädyttiin käyttämään nimitystä oikeusjärjestelmä. Sen todettiin tarkoittavan suurin piirtein samanlaisia asioita kuin oikeuden syvärakenne Kaarlo Tuorilla tai historiallinen oikeusjärjestys J.W.Harrisilla.

Oikeusjärjestelmän asukkaiksi tai elementeiksi paikannettiin sellaisia asioita kuin oikeusperiaatteet, käsitteet, oikeudelliset teoriat, politiikat, todennäköisyyttä tai yhteiskunnallista olemista koskevat oletukset sekä arvot. Tämän tutkimuksen kannalta olennaisia kysymyksiä ovat eurooppaoikeuden oikeusjärjestelmän suhde kansallisiin oikeusjärjestelmiin ja erityisesti se, missä merkityksessä voimme puhua kansallisen oikeusjärjestelmän eurooppalaistumisesta. Ennen sitä on kuitenkin tarpeellista kursorisesti esittää käsitykseni

- oikeusjärjestelmän luonteesta;
- sen elementeistä ja niiden keskinäisistä suhteista;
- siitä, miten oikeusjärjestelmään elementit kuuluvat siihen;
- oikeusjärjestelmän suhteesta oikeusjärjestykseen ja oikeusjärjestelmien vuorovaikutuksesta.

8.2. Oikeusjärjestelmän käsitteellisiä ominaisuuksia

Oikeusjärjestyksen abstrakti vastine on oikeusjärjestelmä. Se on oikeuden käsitteen nelikentässä abstraktin ja propositionaalisen ulottuvuuden rajaama osa. Kuten edellä on todettu, oikeusjärjestyksen ja oikeuden muiden elementtien suhteet voidaan tulkita eri tavoin. Ne voidaan nähdä yhdeksi propositionaaliseksi tai toiminnalliseksi järjestelmäksi, jolloin esimerkik-

³⁸⁹ Ks. Raitio 2003 s. 267–345 ja Raitio 2006 s. 20–24, jossa hän korostaa politiikkojen merkitystä unionioikeudessa sääntöjen ja periaatteiden ohella.

³⁹⁰ Ks. Ojanen 1998 s. 47–48.

³⁹¹ Keskustelussa unohdetaan helposti Kelsenin ajattelun kuuluva ajatus oikeusnormien konkretisoitumiseen aina liittyvästä tahdonvallasta ja siitä seuraava oikeusjärjestyksen sisällöllinen avoimuus. Sama koskee eräänlaista oikeuden loppumista ilmentävän aidon harkintavallan tunnustamista Hartin ajattelussa, mitä Dworkin puolestaan on pitänyt tämän erityisenä syntinä.

si säännöistä ja periaatteista on kysymys samaan järjestykseen kuuluvista, mutta funktioltaan ja rakenteeltaan erilaisista normeista. Toisaalta on mahdollista nähdä oikeusjärjestys normijärjestyksenä ja oikeuskäsitteistä/oikeusperiaatteista muodostuva oikeusjärjestelmä sen abstraktina representaationa, tieteellisenä tai teoreettisena kuvana. Systeemiteoreettisesti asia voidaan nähdä myös ideaalisen järjestelmän ja sen objektijärjestelmän suhteena tai Tuorin tavoin oikeusjärjestelmä (syvärakenne) oikeusjärjestyksen normien alapuolella/taustalla olevana kohe-reNSSia luovana eli oikeuden pintaa justifioivana ja käsitteellisesti järjestävänä asiana.

Minulle käsitteellinen ero normijärjestykseksi ymmärretyn oikeusjärjestyksen ja oikeusjärjestelmän välillä on stipulatiivinen distinktio, jonka avulla voidaan lisätä ymmärrystämme käsitteeseen oikeus liittyvistä eri aspekteista. Sama koskee tietysti myös näiden käsitteiden erottamista juridiikasta ja oikeuskulttuurista. Erittelyjen tarkoituksena on tuoda esille niitä eroja, joita esimerkiksi ”oikeuteen kuulumisella” tai oikeuden elementtien välisillä suhteilla on eri näkökulmista.

Oikeuden käsitteen nelikentällä on pyritty tuomaan esille oikeuden propositionaalisen ja toiminnallisen aspektin välinen ero. Kun tämä erottelu tehdään, voidaan havaita, että oikeuden propositionaalisessa ulottuvuudessa on kysymys ajattelusta, jonka kohteena on toiminta, eli käytännöllisestä ajattelusta (*practical thinking*). Toiminta voi olla oikeuden sisäistä – siis kuulua oikeuden normatiivisiin käytäntöihin eli juridiikkaan – tai oikeuden ulkopuolista käyttäytymistä. Oikeudellisen ajattelun tarkasteleminen oikeusjärjestyksenä ja oikeusjärjestelmänä merkitsee oikeuden propositionaalisen rakenteen eksplikoimista.

Stephan Körner on analysoinut käytännöllisen ajattelun rakennetta ja elementtejä ja todennut, että *arvottava ajattelu* eli toimintamahdollisuuksien aksiologinen tai deonttinen luonnehtiminen olettaa *konstruktiivisen ajattelun*, jossa selvitetään käytännössä käsillä olevat toimintamahdollisuudet (*practicable courses of action*). Konstruktiivinen ajattelu puolestaan olettaa *faktuaalisen* ajattelun eli tosiasiallisesti mahdollisten tapahtumankulkujen selvittämisen. Käytännöllisessä ajattelussa on siten kysymys toimintamahdollisuuksia *evaluoivan*, niiden käsillä oloa *konstruoivan* ja toteutettavuutta pohtivan *faktuaalisen* ajattelun vuorovaikutuksesta. Käytännöllisessä ajattelussa niin kuin teoreettisessakin ajattelussa ilmenee ero *common sense*-ajattelun ja spesialisoituneen ajattelun välillä. Spesialisoidussa ajattelussa *common sense*-ajatteluun sisältyvät käsitykset muuntuvat uusiksi kolmen eri mekanismin kautta. Näitä ovat deduktiivinen yhdentäminen (*deductive unification*), joka koskee ajattelun muotoja, sekä deduktiivinen abstrahointi (*deductive abstraction*) ja teoreettinen innovointi, jotka muuttavat ajattelun sisältöä. Deduktiivinen abstrahointi poistaa ajattelun kohteesta kysymyksessä olevasta näkökulmasta irrelevantteja ominaisuuksia, teoreettinen innovointi tuo ajatteluun uusia

käsitteitä ja päätelmällisiä yhteyksiä.³⁹² Common sense-ajattelu ja spesialisoitunut ajattelu esittävät kohteensa (”maailman”) erilaisina.³⁹³

Oikeusjärjestelmässä on kysymys spesialisoidun ajattelun tuottamista oikeuden kuvauksista. Niiden kohteena ovat oikeuden nelikentän konkreettisen tason asiat eli oikeusjärjestys ja oikeudelliset käytännöt (juridiikka). Oikeusjärjestelmä on lisäksi samalla tavalla dynaamisesti itseensä viittaava kuin tieteelliset teoriatkin. Sen sisältämät kuvaukset – esimerkiksi niin sanottu yleiset opit – ovat myös omakuvia; oikeusjärjestelmän dynamiikka ei ole pelkästään oikeudellisten käytäntöjen evoluution heijastelua vaan myös omaehtoista tieteellistä tai teoreettista muutosta.³⁹⁴

Oikeusjärjestelmän kohteena on abstrahoitu käyttäytyminen ja oikeusjärjestelmän sisältämien kuvausten luominen edellyttää evaluoivaa, konstruktivistista ja faktuaalista ajattelua. Oikeusjärjestelmän sisältävät kuvaukset oikeudesta sisältävät erilaisia elementtejä. Näitä ovat oikeudelliset käsitteet, niiden merkityksiä ja keskinäisiä deduktiivisia ja analyyttisiä suhteita koskevat määritelmät, yhteiskuntaa, luontoa ja ihmistä koskevat tieteelliset tai *common sense*-perusteiset oletukset ja yleistyksiset, eri asiantilojen välisiä preferenssijärjestyksiä koskevat asenteet ja niitä oikeuttavat arvot ja arvostukset, juridiikan päättelymenetelmiä ja tekniikkoja koskevat metodiopit ja niin edelleen.³⁹⁵ Käsitettä oikeusperiaate voidaan käyttää viittaamaan useimpiin edellä mainituista asioista, sikäli kuin sillä ei tarkoiteta normatiiviselta sisällöltään yleisluontoista oikeussääntöä. Harris toteaa, että ”Commonly the ‘principles’ appealed to are authoritative assertions with a very mixed logical status. In part they constitute summaries of leading features of existing rules; in part they embody political directives for decisions in unclear cases; and in part they mark out conceptual frameworks.” Harrisin mielestä tämä koskee sekä *common law*- että *civil law*-järjestelmien yleisiä oikeusperiaatteita samoin kuin usein myös perustuslakien perusoikeussäännöksiä. Sama lause voi asiayhteyden mukaan ilmaista momentaariseen oikeusjärjestykseen sisältyvän normin tai olla historiallisen oikeusjärjestyk-

³⁹² Oikeudellisina esimerkkeinä deduktiivisesta abstrahoisesta ja teoreettisesta innovoinnista voidaan esittää *common sense*-käsitteen ihminen abstrahointi ”ruumiittomaksi” henkilöksi ja tällaisen abstraktin henkilön peruskvaliteetin eli oikeuskelpoisuuden innovatiivinen kohdistaminen myös henkilöjoukkoihin (yhteisöt) ja omaisuusmassoihin (säätöt).

³⁹³ Ks. tästä kappaleesta Körner s. 2, 5–7.

³⁹⁴ Tätä korostaa Tuorin ajatus oikeustieteestä oikeuden ja tieteen ”kaksoiskansalaisena.” Ks. Tuori 2007 s. 21.

³⁹⁵ Käsitteellisenä täsmennyksenä voidaan todeta, että Harrisin historiallisen eli ei-momentaarisen oikeusjärjestyksen käsite sisältää myös oikeussääntöjä, mutta tavallaan tulkitsemattomina ja systematisoimattomina ”paperisääntöinä”, ei puhtaina normeina. Oma oikeuden käsitteen eri ulottuvuuksia hahmottava stipulatiivinen nelikenttäni ei edellytä mitään enumeratiivista teoriaa oikeusjärjestelmän elementtien luokista, ja näin ollen se voi sisältää myös oikeussääntöinä tai oikeusnormeina pidettäviä entiteettejä. Olennaista on kuitenkin näkökulma; oikeusjärjestelmä ei ole oikeuslähteistä apriorisen, oikeusjärjestyksen konstruoinnista ohjaavan regulatiivisen ideaalin pohjalta rekonstruoitu normatiivisen merkityksen kenttä, vaan oikeudellisen ajattelun rakennetta havainnollistava kuvaus. Vaikka sekä oikeusjärjestys että oikeusjärjestelmä ovatkin teoreettisia konstruktioita tai metaforia, ne suhtautuvat toisiinsa niin kuin ajattelun kohde ajatteluun.

sen kehittämisen yhteydessä sovellettavaan doktrinaaliseen rationaliteettimalliin pohjautuva normatiivisen valinnan peruste.³⁹⁶

Myös *Stephan Körner* kiinnittää huomiota Dworkinin käsitteistön epäselvyyteen; säännön ja periaatteen käsitteet ovat tällä epämääräisiä. Körnerin mielestä on mahdollista ajatella, että säännöillä tarkoitetaan *jos a niin pitää b*-tyyppisiä regulaatioita, jotka on organisoitu deonttisesti konsistenteiksi ja adekvaateiksi koodeiksi, ja periaatteilla vastaavasti arvostusperiaatteita (*evaluative principles*)³⁹⁷ ja mahdollisesti muita oikeuteen kuuluvia elementtejä, jotka eivät ole regulaatioita. Tuolloin on ilmeistä, että on liian kapeaa katsoa oikeuden muodostuvan pelkästään regulaatioista. Tästä seuraa, että oikeus tuntee sekä koodista riippuvaisia että siitä riippumattomia velvoitteita, joiden välinen raja ei välttämättä ole tarkkarajainen. Arvostusperiaatteiden varaan rakentuva oikeusjärjestys, jossa noudatettavat periaatteet eivät johda regulaatioiden luotettavaan ja auktoritatiiviseen julkaisemiseen, jättää kuitenkin epäselvyyksiä velvoitteiden olemassaolosta, vaikka rajatapausten mahdollisuus ei sinänsä sulje pois selviä positiivisia ja negatiivisia tapauksia. Körner katsoo kuitenkin, että ”the further removed a set of legal standards is from being a code of conduct in the strict sense, the greater the need for judges and other administrators to depend on their own sense what is just and prudent.”³⁹⁸

Oikeusjärjestelmän elementtien väliset suhteet ovat rakentuneita; tämä rakentuneisuus ilmenee esimerkiksi sellaisissa käsitteissä kuin yleinen oikeusperiaate, oikeudellinen teoria ja doktriini. Oikeusjärjestelmä ilmenee ensisijaisesti oikeustieteen tuottamissa representaatioissa, mutta myös oikeuskäytäntö voi luoda ja ilmaista oikeusjärjestelmän elementtejä, esimerkiksi viittaamalla uuteen yleiseen oikeusperiaatteen ratkaisun perusteena. Kuten oikeusjärjestyskin, oikeusjärjestelmä propositionaalisena asiana ilmenee kielellisten representaatioiden – lähinnä tekstien – merkityksinä. *Bengoetxea* toteaa, että dynaamisesti oikeus ilmenee normatiivisten tekstien joukkona, jota eri aikoina rekonstruoidaan ja jolle annetaan käytännöllisiä merkityksiä eri tavoin. Oikeus voidaan hänen mielestään ymmärtää *ex post* tulkinnan jälkeen yhdistelmänä, jonka muodostavat tulkitsemattomat normatiiviset tekstit joukkona ja tälle joukolle tulkinnan kautta oikeustieteessä ja oikeuskäytännössä annettu sisältö ja/tai rekonstruktio.³⁹⁹

Oikeustiede tuottaa oikeusjärjestelmää erityisesti systematisoinnin kautta, jolloin oikeusjärjestuksen normien sisältö järjestetään abstraktien käsitteiden ja niiden suhteita määrittävien oppien mukaiseksi teoreettiseksi rakennelmaksi. Tällainen rakennelma voi tavoitella systemaati-

³⁹⁶ Ks. Harris s. 144.

³⁹⁷ Evaluaatioperiaatteet ovat loogiselta muodoltaan toisen asteen käytännöllisiä asenteita $S^*[X^*f]$, joissa variaabelit S ja X tarkoittavat subjekteja, $*$ positiivista tai negatiivista asennetta ja f asenteen kohdetta eli kriittistä tilannetta. Asenteen kohteena voi olla myös deonttinen koodi normatiivisine seurauksineen. Ks. Körner s. 112–125, 185. Esimerkiksi suhteellisuusperiaate on ilmaistavissa kaavalla $L + [J - f]$ eli oikeusjärjestys tai sen personifikaationa ”lainsäätäjä” (L) omaa positiivisen asenteen siihen, että tuomarit (J) omaavat kielteisen asenteen julkisen vallan interventioon (f). Vastaavasti perusoikeusmyönteisen tulkinnan periaate ilmenee kaavasta $L + [J + D(po) \rightarrow]$, kun ilmaus ” $D(po) \rightarrow$ ” tarkoittaa perusoikeusjärjestelmää ja sen normatiivisia seurauksia.

³⁹⁸ Körner s. 186.

³⁹⁹ Ks. *Bengoetxea* 1994 s. 68.

tis-deduktiivisia ihanteita,⁴⁰⁰ mutta oikeusjärjestelmän luonnollisesta kielestä riippuvan luonteen vuoksi tämän ihanteen saavuttamiseksi tarvittavia formaaleja ajatusvälineitä ja menetelmiä ei yleensä ole oikeustieteilijän käytettävissä. Oikeustieteen toiminnassa on myös riittävästi noudatettava oikeuden ulkopuolisia tieteellisen ajattelun ja siihen sisältyvän kriittisyyden vaatimuksia kulloinkin vallalla olevien tieteenihanteiden mukaisesti. Oikeustieteessä tiedonintressi voi lainopillisten, oikeusjärjestyksen sisältöön suuntautuneiden tavoitteiden ohella tai sijasta kohdistua myös oikeuden funktioita, edellytyksiä ja vaikutuksia koskevien yhteiskunta- ja kulttuuritieteellisten syysuhteiden tai merkitysyhteyksien selvittämiseen.

Tässä tutkimuksessa sovelletun oikeusjärjestyksen ja oikeusjärjestelmän välisen erottelun kannalta olennainen asia on oikeusjärjestelmän luonne ei-momentaarisena, historiallisena järjestelmänä. Kuten *Harris* toteaa, voimassa olevat oikeusnormit kuuluvat momentaariseen oikeusjärjestykseen, ja sen sisältö on mahdollista esittää pelkästään viittaamalla tiettyä asiaa koskeviin oikeusnormeihin. Periaatteet ja politiikat ja muut oikeudellisessa ajattelussa painotettavat ajatusvälineet (*weight-bearing devices*) kuuluvat ei-momentaariseen eli historialliseen järjestelmään. Lukuun ottamatta tapauksia, joissa periaate on sisällytetty normiin, oikeusjärjestyksen sisällön esittämisessä ei ole tarpeen viitata oikeusperiaatteisiin. Sen sijaan niihin voidaan joutua turvautumaan *selityksinä* oikeusnormin asettamiselle tai oikeusnormista poikkeamiselle. Historiallisessa oikeusjärjestyksessä – siis oikeusjärjestelmässä – kysymys on *Harrisin* mukaan tietyn oikeusyhteisön tai jurisdiktion viranomaisten jakamasta traditiosta.⁴⁰¹

Tietyn oikeusyhteisön tai tiettyjen oikeusyhteisöjen viranomaisten tradition muodostava, eri aikoina syntyneistä säännöistä, periaatteista, politiikoista ja maksiimeista muodostuva kokonaisuus ei *Harrisin* mukaan ole kuvattavissa johdonmukaisena ristiriidattomana järjestyksenä. Kun tuomioistuin viittaa ratkaisussaan kahteen eri suuntaan johtavaan periaatteeseen, esimerkiksi oikean omistajan suojaan ja vilpittömän mielen suojaan, periaatteista kumpikaan ei ole pätemätön, vaikka ne eivät ole vindikaation ja ekstinktion välisessä valintatilanteessa yhdistettävissä ristiriidattomaksi kokonaisuudeksi. Historiallisen oikeusjärjestelmän eri elementtejä yhdistää *Harrisin* mielestä ainoastaan se seikka, että niiden normatiivisena funktiona on toimia päätösten tekemistä ohjaavina tai niitä justifioivina seikkoina. *Harris* käyttää tästä ilmausta ”choice-guidance devices”. Niiden looginen tyyppi vaihtelee, mutta niiden tehtävänä on toimia osana doktrinaalista rationaliteettimallia. Historiallisena oikeusjärjestyksenä oikeuden sisäistä rakennetta ei ole systematisoitu. Historiallisen oikeusjärjestyksen elementit ovat ”voimassa” sikäli kuin ne vastaavat viranomaisten, erityisesti tuomioistuinten verbaalisia käytäntöjä. Tällaiseen käytäntöön kuuluminen voi tarkoittaa tosiasiallisen tehokkuuden ohella tai sijasta myös asianomaisessa viranomaisyhteisössä hyväksytyn poliittis-moraalisen järjestelmän mukaista hyväksyttävyyttä.⁴⁰²

⁴⁰⁰ Ks. Björne s. 3.

⁴⁰¹ Ks. *Harris* s. 67–69.

⁴⁰² Ks. *Harris* s. 120–122, 126.

Harrisin ajattelussa akateemisen oikeustieteen merkitys oikeusjärjestelmän luojana ei mielestäni tule riittävästi esille, mikä ehkä kirjoittajan kansallisuus huomioon ottaen on ymmärrettävää. Oikeusjärjestelmä sisältää loogiselta statukseltaan erilaisia elementtejä, joiden ”voimasaolo” on siis tehokkuutta tai poliittis-moraalista hyväksyttävyyttä. Kumpikin näistä on Harrisinkin mukaan sidonnainen doktrinaaliseen rationaliteettimalliin, jossa päätöksiä justifoidaan kiperissä tapauksissa vetoamalla periaatteeseen, politiikkaan, käsitteeseen, luokitteluun tai määritelmään mieluummin kuin pelkästään päätöksen seurauksiin, mikä on puolestaan tunnusomaista utilitaristiselle rationaliteettimallille. Varsinkin lainkäytössä voi esimerkiksi avointen tunnusmerkistöjen tai arvosisältöisten käsitteiden antama harkintavalta johtaa ilmiöön, josta Harris käyttää nimitystä ”encirclement by doctrine”. Aikaisemmat päätökset ja niiden perustelut johtavat pikku hiljaa tilanteeseen, jossa alkuperäinen, ehkä lainsäätäjän nimenomaan myöntämä harkintavalta rajoittuu.⁴⁰³

Mannereurooppalaisissa oikeuksissa doktrinaalisen rationaliteetin lähde on kuitenkin perinteisesti akateeminen oikeustiede, ei oikeuskäytäntö, jonka merkitys tosin lieene viime vuosikymmeninä voimakkaasti kasvanut tässä suhteessa. Oikeusjärjestelmä eksplikoidaan oikeustieteessä, josta se välittyy korkeamman oikeustieteellisen opetuksen, ammatillisen täydennyskoulutuksen, akateemisen julkaisutoiminnan ja asiantuntijalausuntojen sekä oikeudellisten oppi- ja käsikirjojen kautta juridiikkaan, siis oikeudellisiin käytäntöihin. Oikeusjärjestelmän elementtien rooli oikeudellisten valintojen ohjaamisessa ja justifioinnissa toimii mannereurooppalaisissa oikeuksissa nimenomaan akateemisen oikeustieteen luomien yleisten oppien kautta; nämä yleiset opit eivät ole sattumanvaraisia käsitteiden, periaatteiden ja poliitikkojen ryväksiä, vaan Kaarlo Tuorin sanoin lokaalisesti koherentteja⁴⁰⁴ kokonaisuuksia, joissa toteutuvat Körnerin kuvaamat spesialisoidun tiedon periaatteet.

Harrisin luonnehtimat ei-momentaarisen eli historiallisen oikeusjärjestyksen ominaisuudet ovat tärkeitä myös tässä tutkimuksessa sovellettavan oikeusjärjestelmän käsitteen kannalta. Ensimmäiseksi on syytä viitata siihen, että tällaisen oikeudellisen ajattelun tradition rajat eivät samaistu alueeseen samalla tavalla kuin oikeusjärjestyksen. Oikeusjärjestelmä on olemassa jonkin poliittisen yhteisön traditiona, ja sen merkityshorisonttina on alueellisesti voimassa oleva oikeusjärjestys.⁴⁰⁵ Oikeusjärjestelmä, esimerkiksi *common law* voi kuitenkin olla osittain yhteinen useille oikeusyhteisöille. Oikeusjärjestelmän elementtien voimassaolo tehokkuutena tai poliittis-moraalisena hyväksyttävyytenä mahdollistaa sen, että samat elementit voivat

⁴⁰³ Ks. Harris s. 143–146. Bengoetxea viittaa siihen, että oikeusvaltioperiaate edellyttää tuomioistuimilta systemaattisten argumenttien suosimista dynaamisten, siis *policy*-argumenttien, sijasta, koska viimeksi mainittujen käyttö altistaa ne syytteille lainkäyttöelimen roolinsa loukkaamisesta. Hänen mielestään on mielenkiintoista havaita, että EY-tuomioistuin, vaikka se käyttää paljon dynaamisia argumentteja, silti yhdistää niitä mahdollisuuksien mukaan systemaattisiin argumentteihin. Ks. Bengoetxea 1994 s. 79. Harrisin mainitsema ”encirclement by doctrine” on selitys sille, miksi oikeudellinen argumentaatio ei voi olla moraalisesti pätevää muutoin kuin sattumalta. Oikeudellista argumentaatiota rajaa oikeudellinen relevanssi, mikä yhtäältä tuo argumentaatioon mukaan perusteluja, jotka voivat olla moraalien kannalta irrelevantteja, mutta toisaalta oikeudellinen relevanssi rajaa argumentaatiosta pois näkökohtia, jotka ovat moraalisesti olennaisia. Ks. Jääskinen 2004 s. 108–109.

⁴⁰⁴ Ks. Tuori 2007 s. 125–126.

⁴⁰⁵ Rajatapauksena on ”maailmanyhteisössä” voimassa oleva yleinen kansainvälinen oikeus.

”sijaita” samanaikaisesti useassa eri oikeusjärjestelmässä. Tämä on selitys sille, että oikeustiede on yleisten oppien tasolla aina ollut jossakin määrin kansainvälistä. Näin ollen esimerkiksi samat oikeuskäsitteet ja periaatteet kuuluvat eri tavoin tulkittuina useisiin ajallisesti tai alueellisesti eroaviin oikeusjärjestelmiin.⁴⁰⁶ Akateemisessa oikeustieteessä on varsinkin pienemmissä maissa aina ollut tavallista käyttää ulkomaista doktriinia paitsi normitason tulkintojen inspiraationa, myös jonkinlaisia yleispätevimpiä oikeudellisen ajattelun rakenteita ilmentävän yhteisen tieteellisen kulttuurin edustajana.

Toiseksi on tärkeää havaita, että oikeusjärjestelmää ei tarvitse olettaa ristiriidattomaksi, vaan esimerkiksi oikeusperiaatteet voivat ilmaista vastakohtaisia arvoja ja niin sanotusti johtaa eri suuntiin. Sama koskee oikeuskäsitteiden välisiä suhteita, esimerkiksi kansansuvereniteetin ja vallanjakoperiaatteen välistä jännitettä. Oikeusjärjestelmän elementtien kuten oikeudellisten teorioiden tai yleisten oikeusperiaatteiden tehtävänä on luoda koherenssia, mutta oikeusjärjestelmän ei tarvitse oletuksen mukaan olla ristiriidaton samalla tavalla kuin oikeusjärjestyksen, koska oikeusjärjestelmän tehtävänä ei ole säännellä tekoilanteita. Oikeusjärjestys ei voi edellyttää, että olosuhteissa X henkilön P pitää tehdä sekä A että -A. Sen sijaan mitään ylitsepääsemätöntä ongelmaa ei liity siihen, että yksien mielestä kuolinpesä on oikeushenkilö, mutta toisten mielestä se on *Treuhand*-oikeussuhde.

Oikeusjärjestelmän ristiriitaisuudet ja epäjohtonmukaisuudet heijastuvat oikeusjärjestyksen tasolla mahdollisuuksina konstruoida erilaisia, mutta keskenään yhteensopimattomia justifioituja kuvauksia oikeusjärjestyksestä normijärjestyksenä. Jos kysymys on päätöksentekotilanteesta esimerkiksi oikeudellisessa ratkaisutoiminnassa, päätöksentekijän tehtäväksi jää valinta eri justifikaatioketjujen ja niiden implikoimien ratkaisunormien välillä. Nykyajan oikeusteoriassa käytetty punnintametafora on tosin omiaan hämärtämään tähän sisältyvää desisionistista aspektia.⁴⁰⁷ Normatiivisessa avaruudessa ei ole gravitaatiokenttää, joka jossakin objektiivisessä merkityksessä luokittelisi oikeudellisia argumentteja ja näkökohtia niiden suhteellisten massojen määrittämään painojärjestykseen.

Oikeusjärjestelmän elementtien ”voimassaolo” ei ole systeemivoimassaoloa vaan tehokkuutta tai poliittis-moraalista aksiologista hyväksyttävyyttä suhteessa yhteisöissä vallitseviin positiivisiin moraalijärjestelmiin. Kuten totesin, nämä ominaisuudet välittyvät pitkälti akateemisen oikeustieteen puitteissa harjoitettavan karsinnan kautta, joskin myös suoremmat vuorovaikutussuhteet poliittisessa järjestelmässä ja kansalaiskeskustelussa ilmenevien positiivisten moraalikäsitteiden ja oikeusjärjestelmän välillä ovat mahdollisia. Oikeusjärjestelmän sisällä voi toki olla myös eräänlaista systeemistä voimassaoloa, sikäli kuin kysymys on oikeudellisen teorian tai doktriinin eri elementtien välisistä suhteista, jotka voivat olla deduktiivisia tai ana-

⁴⁰⁶ On esimerkiksi luontevaa sanoa, että Suomen oikeus ja Ruotsin oikeus tuntevat saman oikeuskäsitteen (testamentti tai asiavaltuus), mutta hieman erisisältöisenä. Sen sijaan Suomen ja Ruotsin oikeusjärjestykseen kuuluva normi ei ole koskaan sama vaan korkeintaan samansisältöinen. Ks. oikeusnormien sisällöstään riippumattomasta identiteetistä osana tiettyä oikeusjärjestystä Finnis s. 45.

⁴⁰⁷ Ks. kuitenkin Tuorin esitys tuomarin harkinnan desisionistisesta jäänteestä, joka perustellusti kuvaa oikeusperiaatteiden punnintametaforaan liittyvää ongelmaa. Ks. Tuori 2007 s. 129.

lyyttisiä. Uusien oikeuslauseiden tieteellinen johtaminen kuuluu tietysti akateemisen oikeustieteen harjoittaman systematisoinnin keskeisiin tavoitteisiin. Kokonaisuutena esimerkiksi Suomen oikeusjärjestelmä merkityksessä Suomen oikeusyhteisössä tosina tai pätevinä pidetyt kuvaukset oikeuden käsitteellisestä rakenteesta ja sen elementtien välisistä suhteista on kuitenkin joukko eri aikoina ja eri perustein vakiintuneita tai hyväksyttyjä käsityksiä.

Kaarlo Tuorin sedimentaatiokäsite kuvaa yhtä tapaa, jolla tällainen vakiintuminen tapahtuu. Oikeusjärjestelmä voi kuitenkin muuttua myös äkillisemmin. Esimerkkejä tästä ovat yksittäiset oikeustieteelliset innovaatiot kuten Zittingin analyttinen omistusoikeusteoria tai Merikosken yhden korkeimman hallinto-oikeuden päätöksen perusteella tekemä yleistys harkintavallan väärinkäyttöperiaatteen olemassaolosta Suomessa. Joskus myös yksittäiset lainsäädännölliset ratkaisut saattavat muuttaa oikeusjärjestelmää tuomalla siihen käsitteitä ja periaatteita, jotka välittömästi saavat tehokkuuden oikeusjärjestelmän elementteinä. Muun muassa Euroopan ihmisoikeussopimukseen liittymisestä seurannut oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin käsitteen nousu yleiskäsitteeksi on esimerkki tällaisesta muutoksesta.

Oikeusjärjestelmän eurooppalaistuminen on ilmiö, jota voidaan lähestyä erilaisista näkökulmista. Kun oikeusjärjestyksen eurooppalaistuminen tässä tutkimuksessa tarkoitetussa merkityksessä on suhteellisen suoraviivainen ilmiö, joka mahdollistaa unionioikeuden normien tehokkuuden kansallisten oikeusjärjestysten muodostamassa ympäristössä, oikeusjärjestelmän eurooppalaistuminen on diffuusi ja tavoitteiltaan epäseltä asia. Normatiivisesti unionioikeus ei aseta kansallisille oikeusjärjestelmille muita vaatimuksia kuin sen, että kansallinen oikeusjärjestelmä – sen käsitteet, periaatteet, metodit – ei saa muodostua esteeksi oikeusjärjestyksen eurooppalaistumiselle.

Eurooppaoikeuden lähteet kantavat kuitenkin normiformulaatioihinsa sisäänrakennettuina mukanaan oikeusjärjestelmätason asioita kuten oikeudellisia käsitteitä, periaatteita, faktuaalisia oletuksia ym. Vastaavasti kansallinen oikeusjärjestelmä muodostaa sen käsitteellisen ja metodisen kehikon, jonka avulla eurooppalaistunut juridiikka konstruoi eurooppalaistuneen oikeusjärjestyksen kuvauksia. Unionioikeuden järjestelmän näkökulmasta kansallinen oikeusjärjestys voi näyttäytyä uhkana, käsitteellisen divergenssin lähteenä. Tätä kysymystä tarkastellaan seuraavassa jaksossa, minkä jälkeen vaihdetaan näkökulma päinvastaiseksi ja otetaan esille kysymys unionioikeuden oikeusjärjestelmästä kansallista oikeusjärjestelmää fragmentoivana ja sen koherenssia uhkaavana tekijänä. Sen jälkeen käsitellään lyhyesti unionioikeuden ja kansallisen oikeuden oikeusjärjestelmätason vaikeinta ongelmaa eli mahdottomuutta löytää molempien näkökulmasta tyydyttävä metakonstitutionaalinen teoria eurooppalaiselle poliittiselle yhteisölle. Tämän metakonstitutionaalisen ongelman erikoistapauksena käsitellään lopuksi demokratiaperiaatteen asemaa unionissa.

8.3. Oikeusjärjestelmän eurooppalaistuminen ja käsitteellinen divergenssi

Unionioikeus yhdistää 27 jäsenvaltiota oikeusjärjestyksineen⁴⁰⁸ ja toimii 23 virallisella kielellä. Toisaalta unionioikeuden kaikkein ylimpänä periaatteena voidaan pitää homogeenisuutta eli sääntelyn sisällön ja oikeusvaikutusten yhtenevyyttä kaikissa jäsenvaltioissa.⁴⁰⁹ Unionioikeuden autonominen luonne ilmenee siinä, että sen oikeuskäsitteet, normityypit, oikeushyvät ja sääntelyintressit sekä sääntelymallit ovat omaehtoisia ja sellaisina kansallisista oikeusjärjestyksistä riippumattomia.⁴¹⁰ Unionin kansallisen ja kielellisen monimuotoisuuden kohdassa unionioikeuden autonomiavaatimuksen syntyy ongelmakenttä, jota kutsutaan *käsitteelliseksi divergenssiksi (conceptual divergence)*.

Käsitteellinen divergenssi oli tutkimuksen kohteena Utrechtin ja Tilburgin yliopistojen projektissa *Binding Unity and Divergent Concepts in EU Law* (jäljempänä BU/DC-projekti).⁴¹¹ Projektin tarkoituksena oli eritellä jäsenvaltioiden oikeuksien ja unionioikeuden välisen käsitteellisen divergenssin vaikutuksia unionioikeuden homogeenisuuteen. Tarkastelun erityisenä kohteena oli käsitteiden (subjektiivinen) *oikeus* ja *harkintavalta* asema tässä suhteessa. Projektin lähtökohtana oli hypoteesi käsitteellisen divergenssin suboptimaalisuudesta unionioikeuden yhtenäisyydelle, mutta jonkinlaisena yleisenä johtopäätöksenä näkemys, jonka mukaan yhteisen käsitteellisen ytimen puuttumisesta huolimatta unionioikeuden välttämätöntä koherenssia ja yhtenevääsyyttä voidaan artikuloida ja vahvistaa myös toisistaan poikkeavien käsitteiden avulla. Projektin tuloksena syntyneet artikkelit on julkaistu teoksessa *The Coherence of EU Law*.⁴¹²

Käsitteellinen divergenssi on eri asia kuin lingvistisen tason erot,⁴¹³ esimerkiksi oikeudellisten *terminologioiden* väliset erot, joskin nämä kaksi asiaa liittyvät käytännössä usein toisiinsa. Terminologian tasolla unionioikeudelliset oikeuslähteet poikkeavat sekä toisistaan että kansallisista terminologioista. Eroja voi siten olla samojen säädösten tai tuomioiden eri kieliversioiden välillä, vaikka ne olisivat yhtä todistusvoimaisia. Eroja voi toisaalta olla EU:n lakikielen ja kansallisten lakikielten välillä. Terminologiset erot heijastuvat kääntämisen ja ymmärtämisen vaikeuksina ja epätasällisyyksinä.

⁴⁰⁸ Jäsenvaltioissa voi olla lisäksi useampia oikeusjärjestyksiä, joiden erojen taustalla on konstitutionaalinen traditio (Yhdistynyt Kuningaskunta), liittovaltion rakenne (Saksa, Itävalta, Belgia) tai epäsymmetriset alueelliset itsehallintojärjestelyt (Espanja, Italia, Portugali, Suomi).

⁴⁰⁹ Ks. esim. Schroeder s. 57.

⁴¹⁰ Ks. Schroeder s. 28–29.

⁴¹¹ Kuten jo todettu, osallistuin projektiin eräänlaisena Suomen olosuhteiden raportoijana sekä alustamalla projektin päätösseminaarissa Utrechtissä tammikuussa 2006. Ks. Jääskinen 2008 a. Projektista ja sen puitteissa toteutetusta kyselystä ks. Prechal–Senden–Van Roermund–Vandamme s. 23–24.

⁴¹² *The Coherence of EU Law. The Search for Unity in Divergent Concepts*. (Eds. Sacha Prechal – Bert van Roermund), Oxford University Press 2008.

⁴¹³ Lingvistisen tason erot voivat liittyä terminologian ohella myös syntaksiin. Esimerkiksi EU-kääntämisessä päädyttiin alkuvaiheissa kömpelöihin lauserakenteisiin suomen kielessä, kun säädösteksteissä olleiden virkkeisiin kohdistuvien viittausten vuoksi oli välttämätöntä säilyttää alkutekstin virkerakenne. Ks. Mattila s. 163.

EU-lainsäädännön suomentamisen yhteydessä on kohdattu erilaisia EU-lakikielen terminologian aiheuttamia ongelmia. Ensimmäiseksi voidaan mainita tilanteet, joissa EU-termille ei ole olemassa tarkkaa suomenkielistä vastinetta. Esimerkiksi termin *acte/act* vastine ”säädös” on ongelmallinen sen vuoksi, että se ei luontevasti kata yksittäistapauksellisia hallintopäätöksen luontoisia tilanteita. Toisaalta muut mahdolliset vastineet (esimerkiksi oikeustoimi, asiakirja, päätös) olisivat olleet vielä ongelmallisempia. Päinvastainen ongelma liittyy tilanteeseen, jossa suomenkielinen vastine on mahdollisesti täsmällisempi kuin EU-vastineensa. Esimerkiksi EY 234 artiklassa termi jäsenvaltion tuomioistuin kuvaa ranskankielistä vastinetta *juridiction*, joka tarkoittaa tuomioistuinta sanan materiaalisessa merkityksessä. EY-tuomioistuimen oikeuskäytännön valossa myös termi *lainkäyttöelin* olisi ollut mahdollinen vastine, mutta tuolloin suomenkielinen termi olisi vastannut perustamissopimuksen tekstiä vuoden 1994 tilanteen eikä vuoden 1957 tilanteen mukaisena. Joskus EU-termi kattaa kansallisella tasolla kaksi terminologisesti ja käsitteellisesti toisistaan eroavaa asiaa. Tästä voidaan mainita esimerkkinä säädöstyypin ”päätös”. Saksan-, tanskan- ja hollanninkielisissä teksteissä pitää tehdä ero yleisen ja yksittäistapauksellisen päätöksen välillä. EU-termi voi myös olla siinä mielessä yksikielinen, että sen merkityssisältöä ei voida täsmällisesti esittää muilla kielillä. Malliesimerkki tästä on termi *acquis communautaire*, jonka kohdalla muissa kielissä joudutaan turvautumaan sitaattilainaan tai käsitettä selittävään termivalintaan.⁴¹⁴ Myös termiin *avocat-général* eli julkisasiamies liittyy vastaavia ongelmia.

Terminologisten ongelmien välttämiseksi EU:n toimielimissä on vanhastaan pyritty käyttämään jäsenvaltioiden oikeuskieliin nähden itsenäistä ja neutraalia terminologiaa. Tästä voidaan mainita esimerkkinä kilpailuoikeuden termit ”yritys”, ”julkinen hankinta” ja ”valtiontuki”, joissa on kysymys funktionaalisista, traditionaalisen oikeuskielen ulkoisista termeistä. Neutraliteetin tavoittelu voi johtaa monimutkaisten kiertoilmausten käyttöön tilanteissa, joissa jäsenvaltioissa on samalle käsitteelle eri termit, niin kuin käsitteelle ”tilintarkastaja” Ranskan ranskassa ja Belgian ranskassa.⁴¹⁵ Pyrkimykset terminologian yksiselitteiseksi tekemiseen selittävät legaalimääritelmien lukuisuutta EU-säädöksissä; sama koskee säädösten liitteitä, joissa yksilöidään tietyn termin tarkoittamat kansalliset instituutiot tai oikeustermit.⁴¹⁶

Unionioikeuden kansallisessa täytäntöönpanossa joudutaan usein tekemään valintoja sen välillä, seurataanko mahdollisimman uskollisesti asianomaisen EU-säädöksen kansalliskielisen version termivalintoja vai pyritäänkö säädöksen ajatus ilmaisemaan mahdollisimman eksaktisti vakiintunutta kansallista terminologiaa käyttäen. Ensiksi mainittu vaihtoehto tekee soveltajalle ilmeiseksi täytäntöönpanosäädöksen eurooppalaisen kontekstin, mutta se voi vaikeuttaa

⁴¹⁴ *Acquis communautaire* vastineista eri kielissä ks. Mattila s. 196.

⁴¹⁵ Ks. Mattila s. 192. Suomen politiikkana on ollut hyväksyä ruotsinkielisiin tekstiversioihin mahdollisimman hyvää yleisruotsia ilmaisevat termit vaatimatta fennisismien huomioon ottamista. Sen sijaan vuoden 1994 liittymissopimukseen otettiin erillinen pöytäkirja N:o 10 Itävallassa käytettävistä saksankielisistä erityisilmauksista, joiden mukaisesti esimerkiksi termiä *Tomaten* vastaa Itävallassa termi *Paradeiser*.

⁴¹⁶ Ks. esim. Tuori 2007 s. 141–142.

säädöksen sopeuttamista ympäröivään kansalliseen normiainekseen. Jälkimmäinen vaihtoehto johtaa käsitteellisen divergenssin vaaraan kansallisen oikeuden ja unionioikeuden välillä.

Sacha Prechal ja *Bert van Roermund* määrittelevät käsitteellisen divergenssin seuraavasti:

”A legal term T is conceptually divergent between agents X and Y, if T is common parlance between X and Y, and if the sense and/or the reference of T yields meaning M1 for X and M2 for Y, such that X and Y are inclined to argue conflicting courses of action as lawful (or unlawful) under the legal order they are both committed to.”⁴¹⁷

Se, että Saksassa käytetään termiä *Vertrag*, Englannissa termiä *contract* ja Alankomaissa termiä *overeenkomst* samasta asiasta, ei vielä ilmaise käsitteellistä divergenssiä. Vasta kun termiin liittyy erilaisia merkityssisältöjä kuten Alankomaissa vastavuoroiset lupaukset, Englannissa vastikkeellisuus (*consideration*) ja Saksassa perustellun luottamusodotuksen syntyminen, on käsitteellinen divergenssi mahdollinen. Tämä mahdollisuus toteutuu silloin, kun käsitteellinen ero purkautuu poikkeavien toimintavaihtoehtojen laillisuutta koskevana erimielisyytenä.⁴¹⁸ Prechalin ja Van Roermundin määritelmässä on olennaista käsitteellisen divergenssin relationaalisuus (vähintään kaksi agenttia), sen olemassaolon mahdollisuuden riippuminen yhteisestä leksiografisesta konvergenssista tai käännettävyydestä (yhteinen termi), toimintavaihtoehtojen ja niiden perustelujen eroavuus sekä oletus yhteisestä normatiivisesta auktoriteetista (oikeusjärjestys, johon sitoudutaan). Toisaalta määritelmä jättää tarkoituksellisesti avoimiksi syyt, joista divergenssi voi johtua.⁴¹⁹

Oikeuden käsitteellisen divergenssin lähteenä voi olla ensinnäkin unionioikeuden ja kansallisen oikeuden ilmentämän käsitejärjestelmän ero. Esimerkkeinä tästä voidaan mainita sellaiset käsitteet kuin ”työntekijä”, ”liikkeenluovutus”, ”syrjintä” tai ”kuluttajapalvelu”, joiden sisältö Suomen oikeudessa – kun unionioikeuden harmonisoivaa vaikutusta ei oteta huomioon – on ollut erilainen kuin unionioikeudessa. Unionioikeuden käsite voi myös poiketa kansallisen oikeuden käsitejärjestelmästä; esimerkiksi käsite sosiaalinen suojele (*protection sociale*) on paitsi terminä myös käsitteenä Suomen sosiaalioikeudelle vieras, joten sillä ei tavallaan ole luontevaa paikkaa Suomen oikeusjärjestelmässä.

Unionioikeus voi myös omaksua kansallisista oikeuksista käsitteitä, joiden sisältö eri jäsenvaltioissa voi olla hyvinkin erilainen, jolloin unionioikeus ja sen käännösratkaisut tavallaan liittävät toisiinsa toisistaan poikkeavia merkityshorisontteja. Esimerkiksi EU 6.1 artiklassa unionin perustaksi ilmaistaan muun ohessa oikeusvaltion periaatteet. *Werner Schroederin* mukaan käsite *état de droit* on Ranskan oikeudessa kuitenkin vain ”eine Leerformel”, kun taas Saksassa käsitteellä *Rechtsstaat* on vahvoja materiaalisia valtiosäännön arvoperustaan liittyviä konnotaatioita, jotka puolestaan puuttuvat pikemminkin prosessuaaliselta Englannin oikeuden *Rule of Law* -käsitteeltä. Schroederin mielestä unionioikeus ei sisällä positiivisoi-

⁴¹⁷ Prechal–Van Roermund s. 3.

⁴¹⁸ Ks. Prechal–Van Roermund s. 3.

⁴¹⁹ Ks. Prechal–Van Roermund s. 3–4.

keudellisia ratkaisuperusteita, joiden nojalla jompaakumpaa viimeksi mainituista vaihtoehtoista voitaisiin preferoida, koska ei voida tietää, kumpi vaihtoehto paremmin edistäisi integraation tavoitteita.⁴²⁰

Kuitenkin on myös syytä muistaa, että monet unionioikeuden keskeisistä oikeuskäsitteistä ovat siinä merkityksessä aidosti autonomisia, että ne kuvaavat oikeussuhteita, joita ei samanaikaisesti voisi syntyä puhtaasti kansallisessa kontekstissa. Toimielinten välinen tasapaino, annettun toimivallan periaate, etusija, välitön vaikutus tai tulkintavaikutus ovat esimerkkejä tästä. Niille analogisia käsitteitä voi ilmetä kansallisen valtiosäännön järjestelmässä. Tämä voi liittyä esimerkiksi kansainvälisten sopimusten asemaan tai perustuslain vaikutukseen tavallisten lakien soveltamisessa. Unionioikeuden autonomiavaatimus tarkoittaa kuitenkin nimenomaan tällaisten, kansalliseen oikeustraditioon liittyvien merkitysvaihtoehtojen syrjäytymistä.

Käsitteellinen divergenssi ei liioin ole erityisesti unionioikeuden ja kansallisen oikeuden väliseen suhteeseen liittyvä asia. Kansalliset oikeudet sisältävät itsessään paljon käsitteellistä divergenssin mahdollistavaa monimerkityksellisyyttä ja epätäsmällisyyttä. Esimerkiksi asianosaisten käsite Suomen yleisessä prosessioikeudessa ja hallintoprosessioikeudessa on erilainen, ensiksi mainitussa muodollinen, jälkimmäisessä materiaallinen. Myös unionioikeudessa sama käsite saattaa ilmetä erisisältöisenä eri asiayhteyksissä. EY-tuomioistuimien totesi esimerkiksi asiassa C-85/96,⁴²¹ että ”työntekijän käsite ei ole yhteisön oikeudessa aina samansisältöinen, vaan se vaihtelee kulloinkin sovellettavan oikeudenalan mukaan. Näin EY:n perustamissopimuksen 48 artiklassa ja asetuksessa N:o 1612/68 käytetty työntekijän käsite ei ole välttämättä sama kuin EY:n perustamissopimuksen 51 artiklassa ja asetuksessa N:o 1408/71.”

Käsitteellinen divergenssi voidaan kokea uhkana joko unionioikeuden yhtenäisyydelle tai kansallisen oikeusjärjestelmän koherenssille. Viimeksi mainittuun kysymykseen eli niin sanottuun vieteriukkoilmiöön palataan jäljempänä oikeusjärjestelmän koherenssia ja fragmentaatiota koskevassa jaksossa. Sitä ennen käsitteellisen divergenssin suhdetta oikeusjärjestelmän eurooppalaistumiseen eurooppaoikeuden näkökulmasta.

BU/DC-projektin alkuperäisenä lähtöhypoteesina oli oletus siitä, että käsitteellinen divergenssi olisi suboptimaalista oikeuden sitovan yhtenäisyyden (*binding unity*) kannalta ja että EU-oikeudella oikeusjärjestyksenä olisi suurempi taipumus käsitteelliseen divergenssiin kuin kansallisilla oikeuksilla. Unionioikeuden yhtenäisyys edellyttää kuitenkin yhteisen abstraktin tason käsitteistön mahdollisuutta. Mielenpisteet tällaisen käsitteistön olemassaolosta vaihtelevat. Lainsäädännön harmonisointi ja EY-tuomioistuimen oikeuskäytäntö ilmentävät joidenkin mielestä yhteisen käsitteistön mahdollisuutta. Toisten mielestä yhteiset käsitteet ovat epäselvyyksien ja väärinymmärrysten eli divergenssin lähde. Projektissa päädyttiin lopulta kolmannen hypoteesiin. Sen mukaan unionioikeudelle välttämätön konvergenssi voidaan saavuttaa ja

⁴²⁰ Ks. Schroeder s. 30. Mainittakoon, että MacCormick preferoi Åke Frändbergin kehittämää termiä *law-state* käsitteen *Rechtsstaat* englanninkielisenä vastineena. Ks. MacCormick 2001 s. 9.

⁴²¹ Asia C-85/96, Maria Martínez Sala v. Freistaat Bayern, tuomio 12.5.1998, Kok. 1998 I-2691, kohta 31.

sitä voidaan jopa vahvistaa käyttäen hyväksi poikkeavia käsitteistöjä, vaikka yhteistä käsitteellistä ydintä ei ole lainkaan tai se on ainoastaan niin abstraktilla tasolla, että se ei voi ohjata toimintaa. Projektin empiirisessä selvityksessä paljastui, että oikeudellisten käytäntöjen tasolla käsitteellistä divergenssiä ei pidetty kovin vakavana ongelmana. Vaikka käytännössä unionioikeuteen tutustutaan useimmiten vain omakielisen tekstiversion pohjalta, oikeudellisissa käytännöissä osataan varoa käsitteellisiä epäselvyyksiä, koska koko oikeutta ilmiönä leimaa tietty epäselvyys (*ambiguity*). Tätä oikeuden yhtenäisyyden suhteellisuutta osataan myös käyttää strategisesti hyväksi esimerkiksi tehtäessä poliittisia kompromisseja lainsäädäntötyössä tai esitettäessä asianajotoiminnassa oikeuden sisältö asiakkaan edun mukaisena. Unionioikeuden yhtenäisyyden kannalta kansalliset käsitteet voivat itse asiassa toimia myönteisesti helpottaessaan sen toteutumista kansallisella tasolla.⁴²²

Prechal ja *van Roermundin* mukaan käsitteellinen divergenssi eurooppaoikeudessa on Janus-kasvoinen ilmiö. Yhtäältä on ”pahaa” eli yhteensopimattomiin lopputuloksiin johtavaa divergenssiä, toisaalta ”hyvää” divergenssiä, joka mahdollistaa joustavan yhdentymisen kautta saavutettavan yhtenevyyden. Jotta hyvä divergenssi ei muuttuisi pahaksi, he ehdottavat ensinnäkin, että unionin tasolla käytettävät käsitteet ovat koheesiota luovia, mutta eivät liian joustamattomia. Toiseksi kansallisten käsitteiden tulkitseminen EU-oikeuden tulkintavaikutuksen edellyttämällä tavalla suuntaa niitä sitovan yhtenevyyden tavoitteeseen. Kolmanneksi tarvitaan vertailevaa taitoa ja näkemystä, joiden avulla lisätään mahdollisuuksia havaita merkitysten välisiä eroja tarkasteltaessa samojen käsitteiden erilaisia sovellutuksia vieraissa oikeusjärjestelmissä.⁴²³

Omassa projektiin liittyneessä Suomea koskeneessa arviossani olin katsonut, että käsitteellisiä eroja unionioikeuden ja kansallisen oikeuden välillä ei ole mahdollista eikä tarkoituksenmukaistakaan estää. Myös unionioikeuden etujen mukaista on se, että sen täytäntöönpano tapahtuu välinein, jotka aiheuttavat mahdollisimman vähän häiriötä kansallisille oikeusjärjestyksille.⁴²⁴ EU-päätöksenteon kansallisessa valmistelussa valtioneuvoston ja eduskunnan piirissä olisi pyrittävä havaitsemaan käsitteelliset ja terminologiset ongelmat. Neuvoston päätöksenteossa olisi yritettävä mahdollisuuksien vaikuttaa siihen suuntaan, että EU-säädösehdotusta selvennetään tässä suhteessa. Implementaatiovaiheessa avain ongelmallisen käsitteellisen divergenssin välttämiseen on EU-säädöksen ja kansallisen sääntelyn välisten käsitteellisten erojen tiedostaminen lainvalmistelussa ja niiden johdosta tehtyjen lainsäädännöllisten valintojen mahdollisimman selkeä perusteleminen esitöissä.⁴²⁵

⁴²² Ks. *Prechal–Van Roermund* s. 7–10.

⁴²³ Ks. *Prechal–Van Roermund* s. 18.

⁴²⁴ Imelda Maher korostaa systeemiteoreettisesta näkökulmasta, että kansallinen oikeus ja sen omaksumiskyky asettaa rajat direktiivien täytäntöönpanolle. Jos unionioikeus poikkeaa liiaksi kansallisen oikeuden järjestelmästä, sen omaksuminen voi osoittautua vaikeaksi. Unionioikeuden muodollinen etusija on vähemmän merkityksellistä kuin kansallisen oikeuden kietoutuminen yhteen olemassa olevien sosiaalisten käytäntöjen kanssa. Ks. Maher s. 246–251.

⁴²⁵ Korostin tätä projektille antamassani Suomea koskevassa selvityksessä..

Oikeusjärjestelmän tasolla käsitteellistä divergenssiä suurempi ongelma voi liittyä eri käsitteiden välisiin vuorovaikutussuhteisiin kansallisessa oikeusjärjestelmässä. BU/DC-projektissa tuli tähän liittyen esille käsitteen ”oikeus” ongelmallisuus. Esimerkiksi Saksassa käsitteen subjektiivinen oikeus rajoittunut tulkinta ja merkitys oikeussuojan saamisen edellytyksenä voi vaikeuttaa EU-oikeuden mukaisen yksityisten oikeussuojan toteutumista esimerkiksi ympäristöoikeudessa ja valtion *Francovich*-oikeuskäytännön mukaisessa vahingonkorvausvastuussa.⁴²⁶

Oikeusjärjestelmän eurooppalaistumisessa on kysymys kansalliseen oikeusjärjestykseen liitettyjen oikeusjärjestelmän elementtien (käsitteet, arvot, periaatteet) suhteesta unionioikeuden vastaaviin. Unionioikeuden integroituminen osaksi kansallisia oikeusjärjestyksiä edellyttää unionioikeudellisten justifikaatorakenteiden sisäistymistä kansallisen oikeusjärjestelmän kannalta ymmärrettäväksi käsitteistöksi niin, että muodostuvan kokonaisuuden justifioimat kontekstuaaliset oikeusjärjestykset ovat EU-oikeuden edellyttämällä tavalla keskenään yhteisiä.

Kansallisen oikeusjärjestyksen sisältämät käsitteet ja periaatteet ovat merkityksineen ”paksuja”; ne rakentuvat traditioon ja oikeustieteelliseen teorianmuodostukseen nojautuvien implisiittisten oletusten ja yhteisten merkitysten varaan. Käytettäessä esimerkiksi sellaisia käsitteitä kuin ”avoin yhtiö”, ”handelsbolag”, ”offene Handelsgesellschaft”, ”partnership” ja ”société en nomme collectif” viitataan paitsi erilaisiin normijärjestyksiin, myös hyvin paljon toisistaan poikkeaviin käsitteellisiin oletuksiin ja rakenteisiin.

Totesin artikkelissa ⁴²⁷, että Suomessa analyttisen oikeustieteen väistyminen sellaisten yhteisöllisempien ja kulttuurisempiä näkökulmia edustavien oikeusteoreettisten suuntausten kuin analyttinen hermeneutiikka ja kriittinen oikeuspositivismi tieltä liittyi sen kyvyttömyyteen selittää oikeudellista pragmatiikkaa ja sen taustalla olevia yhteisiä tai yhteisöllisiä merkityksiä. Unionioikeudesta puuttuu tällainen yhteinen käsitteellinen tausta, mahdollisesti unionioikeuden ja kansallisen oikeuden välistä suhdetta koskevaa eurooppaoikeudellista ”teoriaydintä” lukuun ottamatta. Jos unionioikeus käyttää samoja käsitteitä kuin kansalliset oikeusjärjestelmät, se asettaa itsensä alttiiksi käsitteelliselle divergenssille, kun yhteisten käsitteiden merkitykset johdetaan jäsenvaltioissa niiden omista oikeusjärjestelmistä.

EU:n yhteisen unionioikeudellisen ja jäsenvaltioiden kansallisten oikeusjärjestysten yhteenkietoutuminen saumattomaksi kokonaisuudeksi tapahtuu sitä helpommin, mitä muodollisempi (formaalimpi) unionioikeus on oikeusjärjestelmätasolla eli mitä vähemmän se rakentuu sellaisten käsitteellisten sitoumusten ja konnotaatioiden varaan, joilla on kulttuurisesti väritetty sisältö eri jäsenvaltioiden oikeusjärjestelmissä. Tämä edellyttää lingvistisellä tasolla kansallisista järjestelmistä erillistä terminologiaa ja propositionaalisella tasolla unionioikeuden käsitteiden sisällön itsenäisyyttä, jonkinlaista yhteiseurooppalaista oikeudellista esperantoa. Tällä

⁴²⁶ Ks. Prechal s. 158, Künnecke s. 237–240.

⁴²⁷ Ks. alla olevasta esityksestä Jääskinen 2008 a.

saavutetaan maksimaalinen kommunikaatioyhteys unionioikeuden tasolla, jolloin unionioikeudesta kansalliselle seuraavat vaatimukset voidaan eksplikoida ja asettaa yhteisen keskustelun kohteeksi.⁴²⁸

Kansallisen tason tehtäväksi jää sovittaa unionitason järjestelmä yhteen kansallisen oikeusjärjestelmän kanssa. Tämä voi johtaa siihen, että kansallisessa oikeusjärjestelmässä samat käsitteet ja periaatteet saavat erilaisen sisällön sen mukaan, onko asiayhteys eurooppalaistunut vai ei.⁴²⁹ Olennaista on kuitenkin se, että unionioikeuden käsitteet ja periaatteet voidaan eksplikoida kansallisen järjestelmän kannalta ymmärrettävästi. Totesin artikkelissa 7 *Jay Rosenbergiin* viitaten, että kypsät kielen osaajat hallitsevat sekä kielen että metakielen ja voivat metakieltä käyttäen käsitellä kielen tasolla ilmeneviä ongelmia. Samalla tavalla voidaan kansallisella tasolla eksplikoida unionioikeuden järjestelmästä kansalliseen järjestelmään aiheutuvia ongelmia kuten vakiintuneiden käsitteiden merkitysten hajoaminen alakäsitteiksi tai eri oikeusperiaatteiden soveltamisedellytysten muuttuminen. Unionioikeuden näkökulmasta oikeusjärjestelmän eurooppalaistuminen edellyttää siten eurooppalaisen oikeudellisen diskurssin käymistä eri kansallisiin oikeusjärjestelmiin nähden mahdollisimman neutraalia käsitteistöä käyttäen ja eurooppalaisen diskurssin kääntämistä kansallisen diskurssin käsitteistölle tietoisena näiden järjestelmien välisistä eroista ja niihin liittyvistä käsitteellisen divergenssin vaa-roista.

8.4. Koherenssin ja fragmentaation dialektiikka

Thomas Wilhelmsson muotoili vuonna 1997 *vieteriukkoteorian* EU-oikeuden vaikutuksesta kansalliseen oikeusjärjestelmään seuraavilla jo klassisiksi muodostuneilla sanakäänteillä:

”EY-oikeuden ilmestyminen kansalliselle kentälle tuo mukanaan uuden, periaatteessa syväli-semmällä tasolla⁴³⁰ olevan epävarmuustekijän. Oikeustieteellisin menetelmin on mahdotonta ennakoida, missä tilanteissa EY-oikeus tulee kuvaan mukaan ja syrjäyttää kansallisen lain tai johtaa sen soveltamisen muuttumiseen.”⁴³¹

Vieteriukkoefektin lähteenä on Wilhelmssonin mielestä erityisesti neljää vapautta ja syrjimätömyysperiaatetta koskeva EY:n perustamissopimuksen sääntely yhdistyneenä etusijaperiaat-teeseen ja välittömään oikeusvaikutukseen. Nämä periaatteet johtavat siihen, että vieteriukko

⁴²⁸ Mark Van Hoecke on huomauttanut keinotekoisien kielen (kuten esperanto) ja metakielen välisestä erosta. Keinotekoinen kieli on substituutti jollekin toiselle (luonnolliselle) kielelle, metakieli luo edellytykset kommuni-koida yksittäisten kielten rajoitukset ylittävällä tavalla. Unionioikeuden kieli ja käsitejärjestelmät muistuttavat jossain mielessä esperantoa, ne ovat uusia ja ”luonnottomia” välineitä kommunikaatiossa. Hohfeldin järjestelmä on Van Hoeckelle esimerkki oikeudelliseen metakieleen kuuluvasta käsitevälineistöstä. Hänen mukaansa EU:n oikeudellinen kieli sijoittuu jonnekin keinotekoisien kielen ja kehityksessä olevan uuden luonnollisen kielen välimaastoon. Sen kehitystä nopeuttaa huomattavasti tieteellinen analyysi ja systematisointi, joissa tarvittavaa yhdenmukaisuutta voidaan kehittää tieteellisen metakielen avulla. Ks. Van Hoecke 1996 s. 191–193.

⁴²⁹ Ks. Künnecken esitys (s. 235–240) *Bundesgerichtshofin* käytännöstä, jossa kansallinen julkisyhteisöjen va-hingonkorvausvastuu konstruoidaan erilaiseksi kuin Francovich-tyyppinen vastuu unionioikeuden rikkomisesta.

⁴³⁰ Kuin pelkästään oikeuslähdemateriaalin kasvusta johtuvana vaihtoehtojen lisääntymisenä–NJ.

⁴³¹ Wilhelmsson s. 359.

saattaa ilmaantua sekoittamaan kansallista oikeutta lähes minkä tahansa oikeudellisen instituution yhteydessä.⁴³²

Wilhelmssonin mielestä vieteriukkoilmiötä selittää osaksi EY-oikeudesta puuttuva systeemi-luonne käsitteen heuristisessa, kysymyksenasetteluja ja ratkaisuja ohjaavassa merkityksessä. Erityisesti tämä puute näkyy yksityisoikeuden alalla. EY-oikeuden alan laajentuminen on *Wilhelmssonin* mielestä pikemmin omiaan lisäämään kuin vähentämään vieteriukkoilmiön esiintyvyyttä.⁴³³ *Wilhelmsson* päätyy pessimistisesti arvioimaan, että ”EY-oikeudessa ei kerta kaikkiaan ole sellaista systeemiä, jonka pohjalta soveltamistilanteiden ennakointi helpottuisi ja kansallisten oikeuksien systeemit eivät nekään pysty määrittämään EY-oikeuden ilmenemistapoja. Voidaan jopa sanoa, että EY-oikeus merkittävällä tavalla uhkaa kansallisten oikeusjärjestysten systemaattisuutta vähentämällä perinteisten systeemien täydellisyyttä ja johdonmukaisuutta.”⁴³⁴

Kaarlo Tuori on sijoittaessaan vieteriukkoilmiön oikeusteoreettiseen taustaansa katsonut sen syynä olevan EY-oikeuden pinnanalaisen tasojen kehittymättömyyden. Käytettävissä ei vielä ole EY-oikeuden systemaattiseen asuun saattamiseksi tarvittavaa käsitteistöä eikä EY-oikeuden soveltamisessa voida turvautua vakiintuneisiin periaatteisiin. *Tuorin* mielestä EY-tuomioistuimen kehittämät oikeusperiaatteet ovat pikemminkin muodollisia kuin sisällöllisiä, eikä EY-oikeudelle ainakaan vielä ole kehittynyt pintatasoa tukemaan syvempiä kerrostmia.⁴³⁵

Wilhelmssonin ja *Tuorin* arviot järjestelmän tai sisällöllisten oikeusperiaatteiden puuttumisesta unionioikeudesta tuskin kohtaavat ymmärrystä eurooppaoikeuden harrastajien piirissä.⁴³⁶ Unionioikeudella on funktionaaliseen valtiosääntöön rinnastuva, institutionaalis-orgaanisista oikeusperiaatteista ja perusoikeuksista muodostuva konstituutio, johon sisältyy myös materiaalin ydin: sisämarkkinoita koskeva oikeus. Kysymys on nimenomaan oikeuskäytännössä tunnustettujen oikeusperiaatteiden varaan rakentuvasta järjestelmästä. Unionioikeuden keskeisten materiaalien lohkojen kuten kilpailuoikeuden, taloudellisia ulkosuhteita koskevan oikeuden tai maatalousoikeuden käsitteellinen tai oikeusperiaatteiden tason koherenssi tuskin on matalammalla tasolla kuin vastaavilla kansallisten oikeuksien lohkoilla. Eurooppalaisen ympäristöoikeuden tai eurooppalaisen tavaramerkkioikeuden systemaattisuus ei laadullisesti poikkea kansallisista vastinpareistaan. Unionioikeuden täytäntöönpanoon liittyen kehittynyt eurooppalainen hallinto-oikeus ei käsitteellis-systemaattisilta rakenteiltaan liene ratkaisevasti

⁴³² Ks. *Wilhelmsson* s. 361.

⁴³³ Ks. *Wilhelmsson* s. 364–365.

⁴³⁴ Ks. *Wilhelmsson* s. 367–368.

⁴³⁵ Ks. *Tuori* 2000 s. 224–227.

⁴³⁶ Ks. *Raition* (2006 s. 35–42) perusteellinen vastaus *Wilhelmssonin* ja *Tuorin* unionioikeutta koskeville näkemyksille.

erilainen kun kansalliset hallinto-oikeudet, vaikka se sisällöltään tietysti poikkeaa yksittäisten jäsenvaltioiden julkisoikeudesta.⁴³⁷

Yleisemminkin voidaan mielestäni oikeutetusti katsoa, että oikeusjärjestelmän tasolla unionioikeuden ja kansallisen oikeuden välillä ei ole laadullista eroa, joskin useilla oikeudenaloilla unionioikeuden oikeusjärjestelmän rakentuminen on kehityshistoriallisesti varhaisemmassa vaiheessa kuin kypsissä kansallisissa järjestelmissä. Wilhelmssonin ja Tuorin tunnistamat ongelmat liittyvät kuitenkin siihen, että unionioikeuden järjestelmä on *erilainen* kuin kansalliset oikeusjärjestelmät. Lisäksi on huomattava, että materiaalisesti unionioikeuden ydinalue – sisämarkkinaoikeus – perustuu sellaisille taloudellis-funktionaalisille arvoille ja päämäärille, jotka ovat vieraita monille kansallisen oikeusjärjestelmän lohkoille, joihin sisämarkkinayhdistymisen vaikutukset kohdistuvat. Minkään jäsenvaltion sopimusoikeutta ei ole esimerkiksi konstruoitu silmällä pitäen sen mahdollisia kansainvälistä taloudellista vaihdantaa rajoittavia vaikutuksia, vaan lähtökohtana ovat olleet erilaiset yhdistelmät oikeudellisia traditioita, kansallisen talouselämän tarpeita ja oikeusfilosofisia teorioita. Toisaalta sisämarkkinaoikeuden näkökulmasta sopimusoikeuden ainoa oikeudellisesti relevantti piirre on sen – tai sen erojen suhteessa muihin jäsenvaltioihin – kyky luoda esteitä jäsenvaltioiden väliselle vaihdannalle tai vääristää kilpailuolosuhteita. Vastaava arvolähtökohtien erilaisuudesta johtuva yhteensopimattomuus voi koskea myös unionioikeuden uudempia aloja kuten rikosoikeutta tai täytäntöönpano-oikeutta.

Vieteriukkoilmiötä on lähestytty sellaisten käsitteiden kautta kuin oikeuden fragmentaatio⁴³⁸ ja oikeuden koherenssin väheneminen. Kuten *Sakari Hänninen* on huomauttanut,⁴³⁹ fragmentaatiossa ja koherenssissa ei ole kysymys samasta käsitteellisestä ulottuvuudesta, vaan fragmentaation vastakohta on yhtenäisyys kun taas koherenssin vastakohtana on inkoherenssi. Kun oikeusjärjestelmää lähestytään näiden kahden ominaisuuden valossa, saadaan seuraava nelikenttä:

<i>inkoherentti</i> fragmentoitunut	<i>koherentti</i> fragmentoitunut
”kaaos”	moderni tieteellinen
<i>inkoherentti</i> yhtenäinen esimoderni esitieteellinen	<i>koherentti</i> yhtenäinen esimoderni tieteellinen

⁴³⁷ Eurooppalaisen hallinto-oikeuden käsitteestä ks. Mäenpää s. 11–15, 63–66 ja yleisistä periaatteista s. 193–241.

⁴³⁸ Tässä yhteydessä oikeuden fragmentaatiota tarkastellaan yhteiskunnallisena, ei oikeusfilosofisena ongelmana. Viimeksi mainitusta ks. Kronenberger s. 225–235.

⁴³⁹ Puheenvuoro projektin *Foundations of European Law and Polity* seminaarissa Helsingissä 1.2.2008.

Oikeusjärjestelmän *fragmentaatio* liittyy sen kompleksisuuteen, siis jakautumiseen erilaisiin diskursseihin tai alajärjestelmiin. Oikeusjärjestelmän fragmentaation kasvu on osittain eksogeenista, osittain endogeenista.⁴⁴⁰ Eksogeenisella fragmentaatiolla tarkoitan oikeusjärjestelmän monimutkaistumista sen vuoksi, että oikeudellisen sääntelyn kohteena oleva yhteiskunnallinen ja oikeudellinen käyttäytyminen muuttuu ja eriytyy.⁴⁴¹ Yhteiskunnan muutoksia heijastaen poliittinen järjestelmä tuottaa lainsäädäntötyössään uusia distinktioita, esimerkiksi erottamalla sopimustyyppejä tai julkishallinnon toimintoja erityissääntelyn kohteeksi. Endogeenisessa fragmentaatiossa on puolestaan kysymys oikeustieteen sisäisestä eriytymisestä. Endogeeninen fragmentaatio ja eksogeeninen fragmentaatio ovat keskinäisessä vuorovaikutussuhteessa. Esimerkiksi taloudellisen kilpailun säilyttämisen muodostuminen yhteiskunnalliseksi ongelmaksi ja siihen reagointi oikeudellisia muotoja hyväksikäyttävällä kilpailupolitiikalla heijastuu oikeustieteeseen, jonne pikku hiljaa kehittyy kilpailuoikeus, ensiksi tutkimussuuntana, sitten oikeudenalana. Tutkimussuunnan ja oikeudenalan eriytyminen puolestaan voi heijastua muutoksina institutionaalisessa käyttäytymisessä, esimerkiksi erityisviranomaisten tai tuomioistuinten syntymisenä sekä asianajajien erikoistumisena. Pidemmälle edistyneen fragmentaatiokehityksen ulkoisia ilmenemismuotoja ovat erikoistuneiden oikeustieteellisten yhdistysten, julkaisusarjojen ja oppiaineiden synty.

Koherenssissa on puolestaan kysymys oikeusjärjestelmän ajatuksellisesta johdonmukaisuudesta. Koherenssi, joka on käsitteellisesti erotettava konsistenssista, eli loogisesta ristiriidattomuudesta, on aina johdonmukaisuutta suhteessa johonkin arviointiperusteeseen.⁴⁴² Praktisissa järjestelmissä koherenssin mittapuuna on jokin päämäärä (*telos*), siis arvo tai ideaali tai sitä konkretisoiva periaate tai käsite. Jos päämääriä on useampia, koherenssi edellyttää myös niiden keskinäisten loogis-deduktiivisten suhteiden määrittämisestä. Koherenssi on tieteellisiin teorioihin ja selityksiin samoin kuin monimutkaisempiin toiminnasta muodostuviin tavoitteellisiin kokonaisuuksiin (*policyihin*) liittyvä positiivinen arvo.

Koherenttia teoriaa pidetään selitysvoimaisena ja hedelmällisenä eli uusien hypoteesien muodostamista helpottavana, kun taas inkohereenssi indikoi ajattelun puutteellisuutta tai teorianmuodostuksen keskeneräisyyttä. Tämän koherenssiin liittyvän arvostuksen taustalla on tietty oletus ontologiasta ja luonnosta sääntöjä noudattava järjestyksenä, koska Jumala ei Einsteinin tunnettujen sanojen mukaan heitä noppaa. Praktisissa tieteissä kuten oikeustieteessä koherenssi arvotetaan positiivisesti sen vuoksi, että koherenttien teorioiden ja käsitejärjestelmien (systemin) katsotaan lisäävän oikeustieteen ongelmanratkaisukykyä mahdollistaessaan uudet

⁴⁴⁰ Ks. myös Tuori 2007 s. 111–119 oikeudenalajaotuksen kehityksen sisäisistä ja ulkoisista syistä.

⁴⁴¹ Yhteiskunnan monimutkaistumisesta oikeuden fragmentaation selityksenä ks. Luhmann s. 259–272.

⁴⁴² Koherenssin ja konsistenssin käsitteellinen suhde ilmenee esimerkiksi ns. Rossin paradoksissa. Loogisesti lauseet ”vie kirje postiin” ja ”vie kirje postiin tai heitä se matkalla roskalaatikkoon” ovat ristiriidattomia ja muodostavat konsistentin lausejoukon. Ne ovat kuitenkin inkohereenteja jos ja kun toiminnan päämääränä on kirjeen toimittaminen perille. Rossin paradoksin merkityksestä (tai merkityksettömyydestä) ks. esim. Körner s. 33–34. Rossin paradoksi liittyy yleisempään irrelevanttien loogisten johtopäätöksien ongelmaan: logiikan päättelysääntöjen avulla on mahdollista johtaa premissijoukosta päteviä lauseita, jotka ovat selvästi irrelevantteja, ja tämä ongelma korostuu normien logiikassa. Ks. Moreso s. 36–45.

kysymyksenasettelut ja indikoidessaan uusien kysymyksiin annettavia systeeminmukaisia vastauksia. Toisaalta lauseen koherenssi suhteessa muihin tosina pidettyihin tai hyväksyttyihin lauseisiin on sekä yleisessä tieto-opissa että oikeusteoriassa esitetty yhdeksi totuuden määritelmäksi.

Kun oikeusjärjestelmää tarkastellaan edellä esitettyjen distinktioiden pohjalta, havaitaan, että yhdistelmä fragmentoitunut ja inkoherentti itse asiassa kuvaa järjestyksen tai järjestelmän vastakohtaa, kaaosta.⁴⁴³ Hobbesilainen luonnontila, josta puuttuvat sekä sosiaalinen että normatiivinen koheesio, on tällaista tilannetta vastaava metafora tai allegoria. Yhtenäinen, mutta inkoherentti viittaa yhdistelmänä yhteiskuntaan, joka on sosiaalisena järjestelmänä esimoderni ja jonka oikeudellinen ajattelu on inkoherenttia. Tällaisessa yhteiskunnassa oikeusjärjestys normien järjestyksenä ei ole muodostunut systematisoivan ajattelun kohteeksi, eikä tapaoikeuteen tai hajanaiseen kirjoitettuun oikeuteen sisältyvä säännöstö siten ole alkanut muodostaa johdonmukaisuutta tavoittelevia doktriineja. Yhteiskunta ei toisaalta ole sanottavasti eriytynyt sosiaalisesti tai taloudellisesti erilaisiin osajärjestelmiin, minkä vuoksi myös oikeus muodostaa suurin piirtein yhtenäisen kokonaisuuden, jossa siviili- ja rikos- ja julkisoikeus eivät ole eriytyneet toisistaan.

Yhdistelmä yhtenäinen ja koherentti kuvaa funktionaalisesti suhteellisen eriytymätöntä yhteiskuntaa, jonka oikeus on kuitenkin jo tieteellistynyt oikeusjärjestelmää luovaksi. Riittävä yhteiskunnallinen ja tieteellinen arvokonsensus mahdollistavat oikeuden koherenssin. Olen edellä merkinnyt sanan ”esimoderni” kuvaamaan tällaista tilaa. Kuvausta ei tule ottaa sanamukaisesti, vaan haluan sanavalinnallani viitata oikeuden koherenssin ja yhtenäisyyden ideaaliseen merkitykseen jonkinlaisen oikeudellisen nostalgian perustunnusmerkkinä. Ne edustavat ideaalia, johon nähden oikeudellinen todellisuus on kaoottista, epäjohdonmukaista ja hajaantunutta. Ideaalin edustama tilanne on mahdollinen vain taloudellisesti suhteellisen kehittymättömässä yhteiskunnassa, jossa oikeustiedettä harjoittaa pienehkö arvostuksiltaan ja tiedenäkömykseltään yhtenäinen tutkijajoukko. Epäilemättä 1800-luvun Skandinaviassa tai 1900-luvun ensimmäisen puoliskon Suomessa on voinut vallita tilanne, jossa yhteiskunta ja sitä heijastavana oikeus on suhteellisen eriytymätön, ja oikeustiede on ollut metodeiltaan ja käsitejärjestelmältään suhteellisen johdonmukaiseen maailmankatsomukseen perustuvaa. Tässä huolimatta yhtenäisen ja koherentin oikeuden kaipuu on mielestäni perusluonteeltaan *kon-servatiivisen juristiprofession ammatillinen utopia*. A.V.Dicey, jolle moderni lainsäädäntö oli ”a mass of irregular, fragmentary, ill expressed, and as it might seem, illogical or purposeless enactments”⁴⁴⁴, näki perustellusti oikeuden inkoherenssin kasvun demokratian, siis äänioikeuden laajentamisen ja siitä seuranneen kollektivismin ilmentymänä. Vastaavasti fragmentaatio on osa samaa taloudellista ja sosiaalista kehitystä, jonka tuloksena yhä laajemmat kan-

⁴⁴³ Schroederin yhteisön oikeuden systeemi- ja luonnontieteen korostavan tutkimuksen ensimmäinen jakso on otsikoitu kuvaavasti ”Rechtliches Chaos?”, millä viitataan yleiseen näkemykseen yhteisön oikeudesta kaoottisena normilabyrinttinä. Ks. Schroeder s. 2.

⁴⁴⁴ Dicey s. vii.

sankerrokset ja niiden edustamat erityisintressit pääsivät vaikuttamaan oikeuden sisällön kehitykseen.

Yhdistelmä fragmentoitunut ja koherentti yhdistää nykyaikaisen yhteiskunnan eriytymistä heijastavan oikeustodellisuuden ja oikeusjärjestelmän johdonmukaisuutta koskevan ihanteen. Kuten *Tuori* toteaa, koherenssi on tällöin mahdollista korkeintaan lokaalisesti, jonkin oikeudenalan sisällä.⁴⁴⁵ Oikeuden fragmentaatio luo yhä uusia tapoja jäsentää oikeutta ja konstituoii samalla uusia oikeudellisia diskursseja, joilla on oma merkitysten ja tarkoitusten järjestelmänsä. Tämä vähentää mahdollisuuksia oikeusjärjestelmän perinteiseen horisontaaliseen koherenssiin, joka perustuisi siihen, että eri oikeudenaloilla jaettaisiin suhteellisen yhtenevät metodiset periaatteet, käsitteelliset välineet ja yhteiskunnallis-eettiset arvostukset. Toisaalta oikeuteen syntyy koko ajan myös uutta horisontaalista koherenssia sen vuoksi, että oikeuden fragmentoituminen ilmenee paitsi asiakohtaisesti myös näkökulmaakohtaisesti. Tällaista horisontaalista koherenssia voi edustaa esimerkiksi naisoikeus tai perus- ja ihmisoikeudet. Myös EU:n sisämarkkinasääntöjen vaikutus esimerkiksi siviili- tai vero-oikeudessa on esimerkki tällaisen horisontaalisen näkökulman ja eri kriteerien mukaisesti järjestyneen oikeudenalan kohtaamisesta.

Unionioikeuden ja kansallisen oikeusjärjestelmän kohtaamisen kitkaisuus, kun sitä verrataan esimerkiksi vastaavaan asetelmaan Euroopan ihmisoikeussopimuksen ja kansallisen oikeuden osajärjestelmien suhteessa, johtune kahdesta asiasta. Ensimmäinen on unionioikeuden kansalliseen vaikutukseen liittyvä tietty väkivaltaisuus, jota kuvaa hyvin *Barentsin* suosima fallinen metafora kansalliseen oikeuteen penetroituvasta unionioikeudesta.⁴⁴⁶ Unionioikeus esittää omat vaatimuksensa ja arvonsa absoluuttisina, ilman neuvottelunvaraa, sen periaatteet ovat periaatteita vain unionioikeuden sisällä, mutta suhteessa kansalliseen oikeuteen ne ovat sääntöjä.⁴⁴⁷ Toinen asia on unionioikeuden taloudellisia arvostuksia heijastavien sääntelyjen oletettavasti vähäisempi legitimitetti kuin esimerkiksi kansainvälisten ihmisoikeusperiaatteiden.⁴⁴⁸

Olen edellä jaksossa 8.2 yhtynyt Harrisin näkemykseen, jonka mukaan oikeusjärjestelmätason elementtien ”voimassaolo” on joko tehokkuutta tai moraalis-poliittista hyväksyttävyyttä asianomaisen oikeusyhteisön viranomaisten piirissä. Tästä näkökulmasta unionioikeuden ilmentämät tai sitä kuvaavat oikeusperiaatteet, oikeuskäsitteet ja muut oikeusjärjestelmän tason elementit kotiutuvat – suuremmalla tai pienemmällä vaivalla – kansalliseen oikeusjärjestel-

⁴⁴⁵ Ks. *Tuori* 2007 s. 120–126.

⁴⁴⁶ Ks. *Barents* s. 311: ”...instead of being integrated into national legal orders, Community law penetrates these orders by setting aside national law or substituting itself for national law. In this respect it is sufficient to refer to the implementation of secondary Community law in national law as a result of which established and well structured fields of law are sometimes ‘shaken up’ to a considerable extent. The same observation is valid for the effect of the Court’s case law on for example national procedural, private, administrative or tax law, national systems of social security, education and health care.” Ks. myös s. 314.

⁴⁴⁷ Ks. *Schroeder* s. 424 kansallisen prosessiautonomian ja yhteisöoikeudellisen tehokkuusperiaatteen suhteesta.

⁴⁴⁸ Tähän liittyy edellä jaksossa 2.1. esittämäni huomautus siitä, kuinka ihmisoikeussopimus helpotti yhdenmisysoikeusjärjestelyjen läpivientä Suomessa.

mään. Kansallisen oikeusjärjestelmän varhempien alajärjestelmien käsitteellinen ja teleologinen koherenssi on epäilemättä koetuksella tässä prosessissa, mutta – kuten edellä on todettu – oikeusjärjestelmän tasolla emme oleta ristiriidattomuutta. Oikeustiede kykenee vuosikymmenten perspektiivissä sopeuttamaan luomiensa teoreettisten käsitysten sisältöä oikeuslähteiden ja niiden ilmentämän oikeusjärjestyksen muutoksiin.⁴⁴⁹ Poikkeuksen tähän muodostaa todennäköisesti valtiosääntöoikeus, jossa sekä unionioikeuden että kansallisten valtiosääntöjen kannalta hyväksyttävää yhteistä teoriaa eurooppalaisesta konstitutionalismista ei liene mahdollista luoda. Ennen kuin siirryn käsittelemään tätä ”metakonstitutionaalista paradoksia”, nostan vielä esille kysymyksen unionioikeuden mahdollisen periaateluonteen oikeusteoreettisista implikaatioista.

Werner Schroederin yhteisöoikeuden luonnetta koskevan teorian kulmakivi on ajatus yhteisön konstituutiosta yhteisön oikeuden perustana. Hän – kuten *René Barentskin* – kuuluu niihin tutkijoihin, joista konstitutionaalisuus on yhteisön oikeuden alkuperäinen ominaisuus, eikä EY-tuomioistuimen 1960-luvun alun konstitutionaaliin päätöksiin liittyvä juridinen vallankumous tai tapaoikeudellinen kehitys eikä varsinkaan 1990-luvun ja 2000-luvun aikana tapahtunut poliittinen prosessi.⁴⁵⁰ Tämän ajattelutavan mukaan yhteisön koko konstituutio on ollut inherentisti jo Rooman sopimuksen alkuperäisenä sisältönä. EY-tuomioistuin on vain löytänyt tai tehnyt näkyviksi perustamissopimukseen aina implisiittisesti sisältyneet oikeusperiaatteet. Schroeder hyökkää pariin otteeseen niitä tutkijoita vastaan, jotka ovat nähneet asiassa EY-tuomioistuimen tuomariaktivismia tai oikeuskäytännön kautta tapahtuvan oikeuden kehittämisen rajojen laajentamista.⁴⁵¹

Oikeuspositivismin keskeisiin teoreettisiin päämääriin on kuulunut pyrkimys pitää käsitteellisesti erossa toisistaan oikeuspolitiikka ja varsinainen oikeudellinen päättely, siis arvottava ja kognitiivinen suhde oikeuteen. Samalla 1900-luvun oikeuspositivismia on yhdistänyt näkemys, jonka mukaan oikeudellisessa ratkaisutoiminnassa ovat vääjäämättä mukana molemmat elementit. Tätä ilmentää esimerkiksi Kelsenin käsitys tulkinnasta ei-oikeustieteellisenä toi-

⁴⁴⁹ Juridiikan eli normatiivisten käytäntöjen tasolla unionioikeuden tunkeutuminen kansalliselle tasolle voi sen sijaan luoda epäjärjestyä, jopa disintegraation uhan. Sosiaalisena järjestelmänä oikeus kaipaa stabiliteettia, sitä enemmän, mitä lähempänä ollaan oikeuden ja muiden sosiaalisten järjestelmien rajapintaa kuten alemmissa tuomioistuimissa. Esimerkiksi 1990-luvulla EY-tuomioistuimen epäselvä ratkaisulinja, joka koski kauppojen sunnuntaiaukiolon rajoittamisen laillisuutta, loi Englannissa tilanteen, jossa maallikkotuomarien johtamat Magistrates courtit ajautuivat eri puolilla maata aivan erilaisiin käytäntöihin. Ks. Maher s. 245–246. Hän lisää yleistäen (s. 250), että ”This is not a question of loyalty to the national system but one of the self-referential law not being able to accommodate radical change without disintegration, the genesis of the proposed changes being irrelevant.”

⁴⁵⁰ EU:n perustuslaillistumiskehityksen eri merkitysvaihtoehtoista ks. Jääskinen 2001a s. 77–81.

⁴⁵¹ Ks. esim. Schroeder s. 3, 284. Hyökkäysten kohteena erityisesti Hjalte Rasmussen, jonka klassinen *On Law and Policy in the European Court of Justice* (1986) on jättänyt syvän jäljen eurooppalaista tuomariaktivismia koskevaan keskusteluun. On mielenkiintoista havaita, miten Schroederillä, joka sitoo oikeusteoriassaan oikeusjärjestyksen voimassaolon valtiosäännön sosiaaliseen tehokkuuteen, on ilmeisiä vaikeuksia sietää amerikkalaisen tuomioistuinpolitiologian vakiintuneiden kysymyksenasettelujen kohdistamista EY-tuomioistuimeen.

mintana, ja Hartin ajatus oikeussääntöjen puolivarjosta, jossa tuomarin harkintavalta astuu kuvaan mukaan.⁴⁵²

Dworkinin *sääntö-periaate* –distinktion viehäty⁴⁵³ varsinkin akateemisten juristien keskuudessa perustuu oletukseni mukaan pitkälti siihen, että oikeusperiaatteen käsitteen avulla on voitu legitiimisti luopua kiinnittämästä huomiota arvottavan ja kognitiivisen suhteen ongelmallisuuteen oikeudellisessa ajattelussa ja sen yhteiskunnallisiin seurauksiin, jotka koskevat esimerkiksi vallanjakoa tuomioistuinten ja edustuksellisten elinten välillä. Dworkinin ajatusten plausibiliteettia on lisännyt periaatekäsitteen kiinnittyminen oikeusteoreettisessa keskustelussa oikeuden yleisten oppien ilmentämiin, eettisesti ja poliittisesti laajalti jaettuuihin arvoihin. Oma osansa voi myös olla periaatekäsitteen monitulkintaisuudella, joka on mahdollistanut Kristuksen olemuksen eri luontoja – siis jumalallista ja inhimillistä – muistuttavat pohdiskelut normien kaksoisluonteesta samanaikaisesti sääntöinä ja periaatteina, ja näiden eri olemisen tapojen välisestä suhteesta. Lisäksi periaatteiden punninta metaforana antaa oikeudelliselle ajattelulle ylevyyttä, joka tuo mieleen Raamatun kertomuksen kuningas Salomonin tuomiosta. Samalla voidaan korvata mielikuva oikeudellisesta ratkaisusta subjektin (tai kollektiivien) tekemänä valintana ajatuksella objektiivisesta oikeudellisesta järjestelmästä, josta Herkulekset ammentavat ehkei ainoita, mutta kuitenkin oikeita ratkaisujaan.

Oikeusjärjestelmä ensisijaisesti periaatteiden jollakin tavoin objektiivisena järjestyksenä on ymmärrettävä näkemys silloin, kun puhutaan valtiosäännön tai yleisen siviili- tai hallinto-oikeuden kaltaisista historiallisesti vakiintuneista ilmiöistä. *Schroederin* kuvaama *in uno acto* luotu yhteisön konstituutio, joka tavallaan on raskaana erilaisista löytymistään odottavista oikeusperiaatteista, on kuitenkin mielestäni esimerkki, joka yleisemminkin kyseenalaistaa dworkinilais-alexylaista oikeusteoriaa.

EY-tuomioistuimen ”löytämät” tai luomat yhteisön oikeuden oikeusperiaatteet ovat asia, jonka voidaan katsoa olleen jäsenvaltioille yllätys siinä merkityksessä, että ne eivät olleet tarkoituksena Rooman sopimusta tehtäessä. Kansallisten parlamenttien ratifiointidebateissa Italian, Länsi-Saksan ja Ranskan hallitukset korostivat talousyhteisön ylikansallisuuden oikeudellisten mekanismien lievyyttä hiili- ja teräsyhteisön verrattuna. Eri asia on se, että niitä voidaan joiltain osin pitää jo hiili- ja teräsyhteisön aikaisen oikeuskäytännön kehittämisenä ja että Rooman sopimuksen neuvotteluihin osallistuneet juristit ovat hyvinkin saattaneet keskustella niistä jo sopimusta neuvoteltaessa.⁴⁵⁴ EY-tuomioistuimen piirissäkään ei ole kiistetty sitä,

⁴⁵² Ks. Kelsen RR s. 352–353. Hart s. 124–136.

⁴⁵³ Tämä viehäty on havaittavissa myös institutionaalisessa ja kriittisessä oikeuspositivismissa sekä Schoederin kuvaamassa uusinstitutionalismissa.

⁴⁵⁴ Rooman sopimuksen sopimuspuolten tarkoituksista ks. Alter s. 5–6, 183–184. Yhtäällä Alter kertoo haastatteluihin perustuen mielenkiintoisesti, että Rooman sopimuksen neuvottelijat eivät keskustelleet mahdollisuudesta, että kansallisten tuomioistuinten tehtäväksi tulisi valvoa kansallisen lainsäädännön yhteisön oikeuden mukaisuutta. Alter s. 9, viite 12. Toisaalla hän kertoo samoihin haastatteluihin nojautuen, että he tarkoittivat avata kansallisille tuomioistuimille mahdollisuuden turvata yhteisön oikeuden ensisijaisuuden luomalla EY-tuomioistuimelle toimivallan tulkita yhteisön oikeutta ennakkoratkaisuilla. Alter s. 184 viite 6.

että sen oikeuskäytäntöä on ohjannut *une certaine idée de l'Europe* tai että EY-tuomareilla on ollut tietty geneettinen koodi.⁴⁵⁵

Rooman sopimuksen tekstin ilmentämä yhteisön konstituutio olisi ollut mahdollista tulkita rationaalisesti myös ilman, että vaihtoehtoiksi oletetaan pelkästään joko tavallinen kansainvälinen sopimus tai sitten EY-tuomioistuimen perustuslaillisten tuomioiden viitoittama järjestys. Tuomioistuimen tehtävät ja ennakkoratkaisumenettelyä koskevat määräykset olisivat olleet järkeviä myös järjestelmässä, jossa kansallisella tasolla välittömästi sovellettavia yhteisön oikeuden sääntöjä olisivat ainoastaan EY-asetukset ja EY-tuomioistuin nähtäisiin ensisijassa komissiota valvovana hallintotuomioistuimena.⁴⁵⁶

Tarkoitukseni ei ole tässä spekuloida sillä, olisiko jokin toisenlainen oikeuskehitys ollut parempi vaihtoehto kuin todella tapahtunut. Tahdon sen sijaan korostaa sitä, että Rooman sopimuksen järjestelmälle olisi ollut useita erilaisia rationaalisia oikeudellisia kehittämisvaihtoehtoja, mikä ilmenee myös 1960- ja 1970-luvun suuriin perustuslaillisiin päätöksiin liittyneistä julkisasiamiesten lausunnoista. Tällöin EY-tuomioistuimen toiminta ilmenee myös sinä, mitä se todellisuudessa olikin, nimittäin valintojen tekemisenä. Näitä valintoja tuomioistuimelle itselleen ja sen jäsenille justifioineet ja legitimoineet perustelut eivät varmaankaan ole näytettyneet pelkästään poliittisina, mutta oletettavasti niillä on myös ollut yhdentymispoliittinen aspektinsa.

Oikeusteoreettisesti on siksi sangen vähän perusteita uskoa ajatusrakennelmiin, jotka näkevät Rooman sopimuksen inherentisti sisältäneen alusta alkaen yhteisön konstituutioksi muodostuneet ja hyväksytyt yleiset periaatteet. Uskottavampaa on ajatella, että kysymyksessä on EY-tuomioistuimen luoma, valitsema ja kehittämä oikeudellinen järjestelmä. Mutta jos ajatus valmiista löytämisestä odottavasta oikeuden syvärakenteesta tai järjestelmästä ei tunnu uskottavalta yhteisön oikeuden kohdalla, miksi se olisi uskottava myöskään kansallisissa oikeuksissa? Onko pelkästään se seikka, että kansallisissa järjestelmissä kysymys on prosesseista, jotka ovat ajallisesti pidempiä, institutionaalisesti hajautuneempia ja meistä etäämpänä, peruste pitää kansallisen oikeuden järjestelmää ja sen sisältämiä periaatteita ja systeemirakenteita oikeusteorian kannalta laadullisesti erilaisina?

Omasta puolestani olen valmis yhtymään Kelsenin sekä amerikkalaisten ja skandinaavisten realistien edustamaan näkemykseen, joka pitää oikeuden yleisiä oppeja ja muita oikeusjärjestelmätason elementtejä *ideologisina*. Esimerkiksi puhtaan oikeusopin näkemys käsitelainopin

⁴⁵⁵ Ks. esimerkiksi edesmenneen EY-tuomari Mancinin (s. 183–186) selostus tuomioistuimessa vallinneesta ideologiasta. Eric Steinin *Lawyers, Judges, and the Making of a Transnational Constitution* (1981), ks. Stein s. 15–49, on amerikkalainen klassinen kuvaus EY-tuomioistuimen roolista Euroopan integraation konstitutionalisoina.

⁴⁵⁶ Ks. Alter s. 2–3, 5–11. Alter huomauttaa, että ”Traditional European Law scholarship looks predominantly at the European level, using legal exegesis to explain (and defend!) the ECJ’s legal interpretations and national judicial acceptance of these interpretations. These analyses tend to minimize if not ignore the fact that legal interpretations which differ from those of the ECJ are equally plausible, and deny a role for political factors in shaping which legal interpretation wins out.” (Alter s. 2–3)

luonnonoikeudellisuudesta perustuu juuri tähän näkökohtaan. Oikeusjärjestelmän elementeissä on sanan laajassa merkityksessä kysymys oikeuspoliittisista traditioista, jotka ovat muodostuneet osaksi oikeuskäytäntöä ja akateemisen oikeustieteen teorianmuodostusta.

Ajatus tällaisen arvottavan elementin poistamisesta oikeudellisesta ajattelusta on epärealistinen ja tarpeeton. Kuitenkin olisi tärkeää ylläpitää oikeudellisessa ajattelussa – varsinkin tietysti akateemisessa tutkimuksessa – ideologiakriittistä potentiaalia, joka ei ota oikeusjärjestelmää ja sen periaatteita ja käsitteitä yhteiskunnallisesti neutraaleina tiedostuksen ja systeeminrakentamisen kohteina, vaan kyseenalaistaa niiden perusteltavuutta ja oikeutusta nimenomaan niiden ilmentämien yhteiskunnallisten arvostusten ja *policy*-valintojen kannalta.

Kuvaavana yksittäisenä esimerkkinä voi mainita vaikkapa suhteellisuusperiaatteen, joka on sekä unionioikeudessa että kansallisessa oikeudessa saanut paitsi yksityisiä suojaavan oikeus-suojaperiaatteen, myös julkisen vallan interventioita periaatteellisella tasolla kyseenalaistavan oikeuspoliittisen periaatteen roolin. Viimeksi mainitussa merkityksessä periaate ei kuitenkaan ole yhteiskunnallisesti neutraali. Se tekee ongelmalliseksi esimerkiksi universaliteettiperiaatteen legitiimin soveltamisen sosiaali- ja koulutuspolitiikassa. Maksamalla lapsilisiä myös hyvätuloisille perheille ja rajoittamalla yhteiskunnan tukea yksityiselle koulujärjestelmälle on Pohjoismaissa haluttu yllä pitää tulonsiirtojen ja julkisten palvelujen legitimitettä myös keskiluokan piirissä. Tällaisilla politiikoilla yhteiskunta puuttuu kuitenkin asioihin enemmän kuin on välttämätöntä kysymyksessä olevan epäkohdan – siis vähävaraisuudesta palvelujen saamisella aiheutuvan esteen – torjumiseksi. Kuten edellä olen yrittänyt formalisointiesimerkilläni osoittaa⁴⁵⁷, suhteellisuusperiaate institutionalisoi oikeudelliseksi poliittisen arvostuksen, jota voidaan kuvata julkisen intervention minimoimiseksi. Samanlainen arvostus on myös esimerkiksi subsidiariteettiperiaatteen varaan rakentuvan roomalais-katolisen yhteiskunta-ajattelun tai *laissez-faire*-periaatetta noudattavan taloudellisen liberalismiin taustalla.

Artikkelin 7 kirjoittamisen taustalla ollut tyytymättömyyteni nykyaikaisen oikeusajattelun tapaan suhtautua arvostuksiin liittyy nimenomaan tähän asiaan. *Kaarle Makkonen* totesi aikanaan, että ”juridiseen ajatteluun kuuluu myös taipumus absolutisoida erilaisia kiinteinä pidettyjä periaatteita ja nähdä yksityiset lainpaikat aina tällaisen yleisemmän periaatteen edustajana.”⁴⁵⁸ Hän katsoi mielestäni perustellusti, että oikeusperiaatteiden ja yksittäisten normien välinen suhde perustuu siihen, että kummassakin on kysymys samasta arvostuksesta. Unionioikeuden kehitys oikeusjärjestelmänä kuvaa osuvasti oikeusjärjestelmätason käsitteellisten sitoumusten ja oikeusperiaatteina ilmenevien arvovalintojen riippuvuutta asianomaisten päätöksentekijöiden ideologisista valinnoista ja taustaoletuksista.

Oikeuden koherenssin nostaminen oikeusajattelua ohjaavaksi päämääräksi luo tilaa oikeuden kehityksen taustalla olevien aitojen yhteiskunnallisten intressiriitojen ja arvovalintojen peitteilylle ja niiden käsittelylle abstrakteja periaatteita koskevana, pohjimmaltaan kuitenkin subjek-

⁴⁵⁷ Ks. alaviite 397 edellä.

⁴⁵⁸ Makkonen s. 237.

tiivisia⁴⁵⁹ valintoja edellyttävänä punnintana. Samalla yhteiskunnassa ilmenevistä konkreettista tavoitteista ja intresseistä voimansa saava demokraattinen lainsäädäntötyö ja sen taustalla olevat poliittiset prosessit alkavat näyttäytyä systeemivastaisten impulssien lähteenä oikeusjärjestelmälle, ei oikeuden legitimitetin perustana.

Unionioikeuden nykyvaihe kuvastaa osuvasti tätä tilannetta. Sisämarkkinakehityksen varhaisvaiheessa kiteytyi oikeudellinen periaate, jonka mukaan valtion taloudelliset intressit eivät ole legitiimi syy rajoittaa neljää vapautta. Tämä periaate on ymmärrettävä ja johdonmukainen suhteessa neljän vapauden ydinalueeseen. Oikeuskäytännön edettyä tilanteisiin, joissa esimerkiksi julkisen palvelutuotannon varaan rakentuvan terveydenhoitojärjestelmän hyväksyttävyyttä arvioidaan tämän sisämarkkinaperiaatteen pohjalta, vaarannetaan kuitenkin tällaisten järjestelmien peruseriaate eli yhteiskunnallisen oikeudenmukaisuuden tuottaminen taloudellisten voimavarojen varassa. Ydinalueellaan perusteltu oikeuseriaate voi täten muodostua yhteiskunnallisen eriarvoisuuden pönkittäjäksi ja taloudellista *free rider*-käyttäytymistä suosivaksi. Samanlainen tilanne on havaittavissa myös välitöntä verotusta koskevassa EY-tuomioistuimen käytännössä, joka pitää jäsenvaltion verotulojen menetystä tai sitä, että yksityinen voi kokonaan välttää verotuksen, oikeudellisesti epäolennaisena.⁴⁶⁰

8.5. Euroopan metakonstitutionaalinen paradoksi

Yritykset selittää unionioikeuden ja kansallisen oikeuden välistä suhdetta oikeusteoreettisilla äärinormeilla johtavat edellä jaksossa 6.1. kuvatulla tavalla radikaaliin pluralismiin: unionioikeuden pätevyyden perusta näyttäytyy erilaisena sen mukaan, katsotaanko asiaa unionioikeuden ja kansallisen oikeuden näkökulmasta. Oikeusteoreettiset äärinormiteoriat – Kelsenin perusnormi ja Hartin tunnistamissääntö – liittävät ambivalentilla tavalla materiaalisen konstituution ja oikeuden tietoteoreettisen rajan toisiinsa.

Kelsenillä materiaalinen konstituutio eli oikeuden luomisen edellytyksiä sääntelevä osa oikeusjärjestyksestä on historiallisen ensimmäisen konstituution kautta suoraan kiinni oletetussa

⁴⁵⁹ Subjektiivisuus ei tarkoita tässä mielivaltaisuutta tai sitä, että punninnassa olisi kysymys ”makuasioista”. Sen sijaan se viittaa siihen, että punnintojen tulokset ovat aidosti relatiivisia suhteessa eri henkilöiden päteviksi kokeisiin arvoihin ja arvostuksiin. Jeremy Waldronin mielestä arvorelativismia indikoi se seikka, että arvoobjektivistit eivät erotu yhteiskunnassa samansisältöisen arvokonsensuksen jakavana joukkona, vaan pikemmin päinvastoin. Ks. Waldron s. 176–180. Lainkäytöstä hän lisää vielä sen (s. 182), että meillä ei ole yhteisesti jaettua tehokasta menetelmää moraalisten erimielisyyksien ratkaisemiseksi (toisin kuin tieteellisten erimielisyyksien kohdalla). Sen vuoksi moraalisen arvostuksen tekemiseen joutuvan tuomarin on tiedostettava, että kysymys on hänen omista mielipiteistään myös siinäkin tilanteessa, että moraalinen realismi pitäisi paikkansa. Moraalinen mahdollinen objektiivisuus on siten oikeuden kannalta irrelevanttia, jos ja kun moraalinen erimielisyys on olemassa oleva ilmiö.

⁴⁶⁰ Ks. kansanterveysjärjestelmistä Cousins s. 190–193, Hatzopoulos s. 727–729 ja varsinkin Newdickin (s. 1658–1665) terveystalouden ja terveydenhuolto-oikeuden näkökulmasta esittämä kritiikki. Verojärjestelmästä ks. lyhyesti Wattel s. 184–186 ja perusteellisemmin osinkoverotuksen pohjalta Graez–Warren. Viimeksi mainittujen mielestä EY-tuomioistuimen oikeuskäytäntö on irrallaan veropolitiikasta ja perustuu muodollisiin distinktioihin eikä se muodosta sisältönsä puolesta, funktionaalisesti tai retorisesti johdonmukaista kokonaisuutta. Ks. Graez–Warren s. 1577–1578, 1617–1622.

perusnormissa. Kelsenin teoria *Stufenbau*-rakennelmineen heijastaa konstitutionaalisen oikeusvaltion julkisoikeudellisen järjestelmän struktuuria; ajatuksellisesti normipyramidissa huipulla on pikemminkin muodollinen kuin materiaallinen konstituutio, vaikka teorian mukaan sinne kuuluu viimeksi mainittu. Kelsenin puhtaassa oikeusopissa perusnormin tehtävä on tietoteoreettinen, siis luoda oikeusjärjestys oikeudellisen kognition kohteena. On kuitenkin vaikea välttää vaikutelmaa siitä, että kysymyksessä on myös teoria oikeuden ontologiasta, siis väite, jonka mukaan empiiriset oikeusjärjestykset ovat olemassa oletetun perusnormin kuvaamina sosiaalisina järjestyksinä.

Hartin tunnistamissääntö sisältää edellä jo huomautun normatiivisen ja kognitiivisen aspektin ailahtelun. Kysymys on oikeuden tunnistamisesta tai sen tunnustamisesta sääntelevästä konstruktiosta. Hartin tunnistamissäännön ja muuttamissäännön välille tekemä ero mahdollistaa kuitenkin oikeuden tiedostamiseen ja oikeusjärjestyksen dynamiikkaan sisältyvien kysymyksenasettelujen selvemmän erillään pitämisen kuin Kelsenin perusnormi. Hartin teoriassa on mahdollista eksplikoida – tuskin sattumalta – Britannian valtiosäännön perusluonne, jossa oikeuden perustava muuttamissääntö ja samalla valtiosäännön yliperiaate parlamentin suveriniteetista on voimassa tavanomaisoikeudellisena *common law*’hon kuuluvana sääntönä. Oikeuden tunnistamissääntö viittaa pohjimmiltaan viranomaisten, ennen kaikkea tuomioistuinten toimintaa koskevaan empiiriseen faktaan eli sekundäärisääntöjen hyväksyntään viranomaiskoneistossa. Tuolloin oikeuden tietoteoreettinen äärinormi ei sijoitu oikeusjärjestyksen pyramidin huipulle vaan pikemminkin oikeuden soveltamiskäytännöissä hahmottuviin normipyramidin ääriviivoihin. Ei ole hämmästyttävää, että kelseniläiset oikeusteoreetikot ovat taustaltaan usein julkisoikeuden tutkijoita. Hartilainen oikeuspositivismi voi vaikuttaa sen sijaan puolustettavammalta yksityis- tai prosessioikeudellisen taustan omaaville, sikäli kuin viimeksi mainitut eivät edusta pragmatistista tai realistista lähestymistapaa.

Kelseniläisen oikeuspositivismin implikoima oikeuden tietoteoreettisen pätevyysperusteen sijoittaminen oikeuden materiaallisen konstituution taustalla olevia metanormeja koskevaksi kysymykseksi on omiaan hämärtämään sitä mielestäni ilmeistä seikkaa, että valtiosääntö tai konstituutio on oikeuden perustavanlaatuinen kategoria ainoastaan positiivisoikeudellisessa merkityksessä, ja silloinkin vain, kun tarkastelun kohteena on moderni konstitutionaalinen valtio. Oikeusteoreettisesti – niin tietoteorian kuin normiteoriankin kannalta – perusnormi voidaan ja on voitava olettaa myös muualle oikeusjärjestykseen, esimerkiksi pätevöittämään tuomioistuinten tunnustamat normit tai tavanomaisoikeudelliset normit, joista sitten muiden normien pätevyys johdetaan. Kelsenin oma teoria kansainvälisen oikeuden perusnormista, josta tulee hänen monisminsa kautta kaikkien oikeusjärjestysten perusnormi, irrottaa samaten perusnormin materiaalisesta konstituutiosta.

Esimerkiksi Britannian valtiosäännön kannalta on mahdollista konstruoida normien *Stufenbau* niinkin, että pätevyysketju kulkee seuraavasti: individuaalinormi ← parlamentin antama säädös ← *common law* periaate tunnustaa parlamentin *statute law* pätevyys ← *common law* ← tuomioistuinten valta päättää oikeudesta ← perusnormi. Myös unionioikeuden yksi mahdolli-

nen perusnormirekonstruktio on, että ”on noudatettava unionioikeutta, jota on se, minkä EY-tuomioistuimien julistaa oikeudeksi”.⁴⁶¹ Tuolloin esimerkiksi jaksossa 7.4 käsitellyn KHO:n ratkaisun pätevyysketju olisi seuraava: KHO:n päätös ← Bryssel II a-asetus ← unionioikeuden periaate tunnustaa yhteisön lainsäätäjän antamien säännösten *prima facie* pätevyys ← EY-tuomioistuinten valta päättää unionioikeudesta ← perusnormi. Kelsenin teorian mukainen materiaallinen valtiosääntö voi siten sijoittua oikeusjärjestyksessä täysin muualle kuin formaaliin valtiosääntöön.⁴⁶² Esimerkiksi *Schroederin* teoria yhteisön oikeudesta tehokkaana konstitutiiona perustuu näkemykseen, jossa yhteisön oikeuden ja kansallisen oikeuden muodostama kokonaisuus itse asiassa pätevöityy EY-tuomioistuimen ja kansallisten tuomioistuinten yhteiselle normatiivisille oletuksille rakentuvan oikeuskäytännön perusteella.

Oikeusteoreettisen ääriinormikonstruktioihin perustuvan pätevyystarkastelun ja positiivisoikeudellisen materiaallisen valtiosäännön välisen kategoriaeron huomaaminen on tarpeen sen vuoksi, että ne koskevat eri tason kysymyksenasetteluja. Oikeusteoria analysoi sellaisia käsitteitä kuin oikeusjärjestys, oikeusnormi, pätevyys; konstituutio on puolestaan osa jossakin poliittisessa yhteisössä voimassa olevaa oikeutta. Esimerkiksi unionioikeus ja kansainvälinen oikeus antavat ilmiöinä meille hyvät perusteet tunnustaa ei-valtiollinen oikeus oikeusteoreettisesti mahdolliseksi ja pitää suvereniteetin käsitettä hedelmättömänä oikeusteorian kannalta. Tästä ei vielä seuraa mitään sen suhteen, voiko valtion alueella olla voimassa oikeusnormeja, joilla ei ole normatiivista yhteyttä sen konstituutioon, ja kuuluuko suvereniteetti tai täysivaltaisuus oikeusperiaatteena tai käsitteenä sen oikeusjärjestelmään.

Olen edellä oikeusjärjestyksen eurooppalaistumista koskevassa jaksossa päätenyt näkemykseen, jonka mukaan eurooppalaistunut juridiikka hyväksyy kotoperäiset ja unionioikeudelliset lähteet juridiiikan perusoletukseen. Se konstruoi kontekstuaalisia oikeusjärjestyksiä, joissa kotoperäiset ja unionioikeudelliset normit muodostavat yhdessä johdonmukaisen normatiivisen merkityksen kentän suhteessa tiettyyn asiaan tai asiantilaan. Tämä on mahdollista ilman, että kansallinen oikeus ja unionioikeus menettäisivät oikeusjärjestyksinä identiteettinsä, koska juridiikkaa ei tarvitse kokonaisvaltaisia koko oikeusjärjestystä koskevia oletuksia, vaan se voi tyytyä kontekstuaalisesti riittävään joukkoon oikeuslähteitä ja niiden tulkinnan ja systematisoinnin kautta saataviin oikeusnormeihin. Olen myös katsonut, että eurooppalaistuneen juridiiikan perusoletus, vaikka se sisältääkin unionioikeuden etusijan yhtenä oikeuslähteiden etusijajärjestystä koskevana sääntönä, ei tyhjentävästi ratkaise unionioikeuden ja kansallisen oikeuden välisiä fundamentaalisia konflikteja. Tämä johtuu siitä, että eurooppalaistuneen juridiiikan perusoletus ei tee definitiivistä valintaa kansallisen ja unioniperspektiivin välillä, koska se tavallaan joutuu olettamaan kummatkin päteviksi.

⁴⁶¹ Tämä on Dowrickin (s. 203) esittämä hartilaisen tunnistamissäännön yksi formulointimahdollisuus yhteisön oikeuden kontekstissa perusnormiksi muunnettuna.

⁴⁶² Yleensä materiaallisen ja formaalin valtiosäännön käsitteellä operoivat tutkijat lähtevät nähdäkseen siitä, että materiaallinen ja muodollinen valtiosääntö muodostavat joukko-opillisesti toisensa leikkaavat joukot eli että niihin sisältyy aina myös yhteistä normatiivista ainesta, vaikka materiaalliseen valtiosääntöön voi kuulua normeja, jotka eivät kuulu muodolliseen valtiosääntöön ja päinvastoin.

Oikeusjärjestelmän tasolla unionioikeuden ja kansallisen oikeuden välinen suhde ilmenee metakonstitutionaalisenä paradoksina. Kansallinen valtiosääntöoikeusdoktriini ei voi muodostaa teoriaa, joka tyhjentävästi ja autenttisesti hyväksyisi unionioikeuden sellaisena kuin tämä itse itsensä määrittelee. Toisaalta unionioikeus ei voi tunnustaa teorioita, joissa kansalliset valtiosäännöt omaisivat normatiivisen auktoriteetin suhteessa unionioikeuteen.

Paradoksin kansallinen osa johtuu siitä, että kansallisen valtiosääntöoikeuden merkityshorisontin, potentiaalisesti justifioitujen doktriinien rajat, määrittelee kansallinen konstituutio.⁴⁶³ Konstituutio voi tunnustaa itsensä ulkopuoliselle oikeudelle pätevyyden, vieläpä etusijan suhteessa itseensä, niin kuin monistisissa valtiosäännöissä on yleistä. Jos konstituutio pysyy itsenäisen valtion konstituutiona, se voi kuitenkin peruuttaa tämän tunnustamisen, viime kädessä muuttamalla itseään esimerkiksi siirtymällä monismista dualismiin.

Tässä ilmenee valtiollisen konstituution, valtion suvereniteetin ja valtiollisuuden välinen käsitteellinen suhde: niin kauan kuin unionin jäsenvaltio on valtio, sen konstituutiossa säilyy normatiivinen kyky poistaa unionijäsenyyden oikeusvaikutukset yksipuolisesti kumoamalla unionijäsenyyteen liittyneet hyväksymis- ja voimaansaattamistoimet ja mahdollisesti ennen tätä kumota sen esteenä olevat perustuslailliset seikat, tarvittaessa perustuslakia muuttamalla. Unionioikeus ei voi estää jäsenvaltiota käyttämästä täysivaltaisuuteensa sisältyvää kelpoisuutta kumota unionioikeuden vaikutukset omalla alueellaan.⁴⁶⁴ Unionioikeus voi vain todeta deliktin, mutta se ei voi saada vastahakoista vastaajaa ottamaan vastaan tällaista tuomiota. Oikeussosiologisesti lienee turvallista olettaa, että kaikissa jäsenvaltioissa ylimmät kansalliset tuomioistuimet tunnustaisivat kansallisen valtiosäännön mukaisesti tehdyn unionista eron vaikutukset, vaikka ero olisi tapahtunut ilman kaikkien muiden jäsenvaltioiden suostumusta.⁴⁶⁵

Alf Ross on katsonut, että konstituutioihin sisältyisi oikeusteoreettisena välttämättömyytenä periaate, jonka mukaan konstituutio ei voi oikeuttaa itsensä muuttamista saati kumoamista.⁴⁶⁶

⁴⁶³ Ks. Eleftheriadis 1998 s. 259: "..., the doctrine of the 'European Constitution' is only a legal-doctrinal position of the Court of Justice and nothing more than that. It requires that state courts amend the presuppositions of their respective legal orders and it is for this reason ineffective. Since legal doctrine cannot amend its own presuppositions without losing its character as legal doctrine, the doctrine of supremacy is in this sense self-defeating: it cannot be both legally binding and create a new basis for legal validity."

⁴⁶⁴ Tämä argumentti voi vaikuttaa siltä, että siinä sekoitetaan oikeudellinen voiminen sääntelyn tehokkuuden puuttumiseen. Kuitenkin Kelsen oli mielestäni oikeassa siinä, että tehoton normi tai oikeusjärjestys kadottaa myös pätevyytensä. Unionioikeus kadottaa mahdollisuutensa tehokkuuteen ja sitä kautta voimassaolonsa jäsenvaltion alueella, jos jäsenvaltio päättää oman perustuslakinsa mukaisessa järjestyksessä erota unionista. Samalla myös mahdolliset unionioikeuden mukaiset sanktiot menettävät merkityksensä.

⁴⁶⁵ Poikkeuksellisessa fundamentaalisen konfliktin tilanteessa jäsenvaltion suhde unionioikeuteen on samanlainen kuin Carl Schmittin suverenin suhde valtiosääntöön.

⁴⁶⁶ Ross päätyi tähän kantaansa, koska hän muun muassa katsoi semanttisen merkityksen puuttuvan aidosti itseensä viittaavilta lauseilta. Hänen mielestään perustuslain muuttaminen sen itsensä mukaisessa järjestyksessä johtaa ristiriitaan, koska päätelmän konklusio eli uusi perustuslain muuttamisnormi on loogisesti ristiriidassa päättelyn ylälauseen eli vanhan muuttamisnormin kanssa. Viime vaiheessa hän esitti paradoksin ratkaisuksi näkemyksen, jonka mukaan perustuslain muuttamisessa sen itsensä mukaisessa järjestyksessä ei ole kysymys normien välisestä loogisesta päättelystä, vaan delegointiketjusta. Ketjun ensimmäinen jäsen on perusnormi, jon-

En pidä tätä käsitystä oikeusteoreettisesti perusteltuna. Esimerkiksi Tšekkoslovakian hajoaminen osoitti, että konstitutionaalinen järjestys voi mahdollistaa itsensä kumoamisen ”laillisessa järjestyksessä.”⁴⁶⁷ Myös perustuslakisopimuksen tarkoituksena ollut uuden Euroopan unionin perustaminen yhteisöjen ja Maastrichtin sopimuksen mukaisen unionin oikeudelliseksi seuraajaksi osoitti, että unionisopimuksen 48 artiklan nojalla olisi, vastoin esimerkiksi *Schroederin* oikeusteoreettisin perustein esittämää kantaa⁴⁶⁸, voitu myös kokonaan kumota perussopimukset. Toisaalta artikkelissa 5 päädyin katsomaan, että aidon valtiollisen perustuslain säätäminen unionille ei käytännössä ollut mahdollista, kun otettiin huomioon jäsenvaltioiden valtiosääntöjen kokonaisrevisiota koskevat positiivisoikeudelliset menettelylliset ja materiaaliset säännökset, minkä takia valtiosopimusmuotoinen funktionaalinen muodollinen konstituutio oli ainoa käytettävissä ollut vaihtoehto.⁴⁶⁹

Unionioikeudelle jäsenvaltiot ovat fakta ja oikeudellinen kategoria. Viimeksi mainitussa merkityksessä kansallinen valtiosääntö vaikuttaa unionioikeuteen sillä tavalla, että unionin jäsenyys ja siihen sisältyvät velvoitteet ovat mahdollisia vain valtiolle, joka siis on unionioikeuden subjektina privilegioitu. Muutoin jäsenvaltioiden valtiosäännöt ja niiden mukaiset toimet ovat unionioikeudellisten normien oikeustosisekoja kuten ratifiointeja, implementointeja tai rikkomuksia. Unionioikeuden sisältöön jäsenvaltioiden valtiosäännöillä ei ole vaikutusta muutoin kuin EY-tuomioistuimen harjoittamassa unionioikeuden sisällön kehittämisessä mahdollisesti huomioon otettavana inspiraatiolähteenä.

Jörg Gerkrath päätyi 1997 katsomaan, että unionille voi kehittyä valtiosääntöoikeus (*droit constitutionnel*), muttei aitoa konstituutiota (*constitution*).⁴⁷⁰ Gerkrathin argumentaatio on osin käsiteläinopillista, konstituution käsitteestä ponnistavaa, mutta unionin perustuslakiprosessi on osoittanut unionin perustuslaillistumiskehityksen kompastuskiveksi nimenomaan kysymyksen unionin valtiollisuudesta ja sen suhteesta jäsenvaltioiden valtiollisuuteen. Edellä esittämäni metakonstitutionaalinen paradoksi liittyy juuri tähän ongelmaan. Ei ole esitettävissä sellaista valtiosääntöoikeudellista teoriaa, jossa unionioikeus ja kansalliset valtiosäännöt voitaisiin esittää johdonmukaisena yhteisenä järjestelmänä, jos ei olla valmiita luopumaan näiden järjestelmien peruseriaatteista, siis joko unionioikeuden autonomiasta tai kansallisten konstituutioiden lähtökohtana olevasta oman valtiosäännön normatiivisesta itseriittoisuudesta. *Pavlos Eleftheriadis* kirjoittaa tästä osuvasti viitaten Saksan *Bundesverfassungsgerichtin* ja EY-tuomioistuimen kantojen väliseen ristiriitaan:

”There are three alternatives. Either the European Court is right, or the German Court is Right, or neither of them is right and we should perhaps abandon the idea of a hierarchical arrange-

ka mukaan on noudatettava perustuslain muuttamisnormin osoittamaa auktoriteettia, kunnes tämä auktoriteetti osoittaa itselleen seuraajan, jota sitten on noudattava, kunnes jne. Ks. Ross s. 1–7, 10–24 ja Finnis s. 54–55 ja 63. Rossin perusnormi yleistää Finnisin esittämän periaatteen, jonka mukaan oikeusnormin pätevyyden ratkaisevat nykyisin voimassa olevat normiseuraantosäännöt.

⁴⁶⁷ Ks. Tšekkoslovakian neuvotellusta hajoamisprosessista Stein s. 442–456

⁴⁶⁸ Ks. Schroeder s. 379–380.

⁴⁶⁹ Ks. Jääskinen 2001a s. 135–142.

⁴⁷⁰ Ks. Gerkrath s. 145–147, 299–300, 397–400.

ment of sources. But this is not a doctrinal question. It involves the very foundation of any constitutional order. Hence, we cannot answer this question by looking at the existing constitutional order. If the problem is precisely the basic features of that order, then we cannot resort to an argument from that order. If we did, we should simply be begging the question. We would be taking for granted what we had set out to establish.”⁴⁷¹

Ennen Ranskan ja Alankomaiden kansaaänestyksiä kirjoitetut euro-optimistiset valtiosääntö-tarkastelut lähtevätkin nimenomaan siitä, että yhteinen eurooppalainen konstituutio on aikaan-saatavissa vain niin, että jäsenvaltioiden valtiosäännön täysivaltaisuusoppeja tarkistetaan.⁴⁷² Nykytilanteessa tähän on tuskin edellytyksiä. Perustuslakisopimuksen käsittelyn yhteydessä – siis jo ennen kansaaänestystä – esimerkiksi Ranskan perustuslakineuvosto (*Conseil constitu-tionnel*) katsoi, että perustuslakisopimuksessa olleesta unionioikeuden etusijaa koskeneesta määräyksestä huolimatta unionioikeuden pätevyyden perustana Ranskassa on vain sen oma perustuslaki. Se myös viittasi vuonna 2004 omaksumaansa kantaan, jonka mukaan Ranskan perustuslaista seuraa velvoite direktiivien täytäntöönpanoon, mutta tämä velvoite ei koske Ranskan perustuslain selväsanaisten säännösten kanssa ristiriidassa olevia direktiivejä.⁴⁷³

Toukokuussa 2005 ilmestynyt Kummin artikkeli luonnosteli eurooppalaista konstitutionaalista aluetta, joissa dworkinilaisen oikeuden eheyden nimissä kansalliset ylimmät tuomioistuimet tunnustaisivat EY-tuomioistuimen ylivallan suhteessa kansallisiin perusoikeuksiin ja EU:n toimivallan rajojen määrittelyyn sitä vastaan, että ne saisivat oikeuden jättää kansalliseen eri-tyiseen valtiosääntöperinteeseen sisältyvää tarkkarajaista valtiosääntönormia loukkaavan EU-normin soveltamatta. Ehdotus edellyttäisi siten mahdollisuutta poiketa sekä kansallisesta *Kompetenz-Kompetenz*istä että EU-oikeuden etusijasta.⁴⁷⁴ EU-oikeuden autonomian kanssa ei kuitenkaan ole yhteen sovitettavissa ajatus jäsenvaltion oikeudesta sen itsensä määrittämään poikkeukseen, mitä kansallisten valtiosääntöjen selvien ja tarkkarajaisten erityissääntelyn eri-tyisasema suhteessa unionioikeuteen merkitsisi. Toisaalta jäsenvaltioiden valtiollisuuteen si-sältyvä mahdollisuus katkaista yksipuolisesti oikeudelliset siteensä unionioikeuteen ei ole poistettavissa muutoin kuin luomalla unionista liittovaltio. Näin ollen en pidä mahdollisena

⁴⁷¹ Eleftheriadis s. 265–266. Hän jatkaa (s. 266–269) huomauttamalla, että asiaa ei voida ratkaista suvereniteetin käsitteen avulla, koska kansainvälisoikeudellisesti valtion suvereniteetti ei ole muuta kuin viittaus valtion niihin oikeuksiin, joita kansainvälinen oikeus ei ole poistanut siltä, ja maansisäisesti suvereniteetti samaistuu konstitu-tionaaliseen järjestykseen. Käsitteet toimivalta-toimivalta ja täysivaltaisuus ovat vain toinen ilmaus sille tosiasi-alle, että valtiolla on oma oikeusjärjestys; niitä ei voida käyttää ilman kehäpäätelmää tietyn konstitutionaalisen ratkaisun perusteluina. Eleftheriadis päätyy siten metakonstitutionaaliseen näkökulmasta samaan johtopäätök-seen kuin Öhlinger soveltamalla puhtaan oikeusopin oikeusteoreettisia perusteita. (Ks. edellä alaviite 280).

⁴⁷² Esim. Albi ja Van Elsuwege pitivät vuonna 2004 eurooppalaista demosta tosiasiassa ja katsoivat yhteisen eurooppalaisen konstitutionaalisen järjestyksen olevan saavutettavissa, kunhan vain kansallisella tasolla luovu-taan niistä näkemyksistä, joita esim. Saksan ja Tanskan ylimpien tuomioistuinten Maastricht-kannanotot heijas-tivat. Ks. Albi–Van Elsuwege s. 755–765. Perustuslakisopimuksen ratifiointikäsittelyjen aikaista metakonstitu-tionaalista optimismia ilmentää myös Nieminen, ks. s.609–622.

⁴⁷³ Ks. Claudina Richards s. 506, 510–513 ja Chaltiel s. 363–365. Perustuslakineuvosto lievensi direktiivien täytäntöönpanoa koskevaa kantaansa vuonna 2006 ja katsoi Ranskan perustuslain estävän vain sellaisten direk-tiivien täytäntöönpanon, jotka ovat ristiriidassa Ranskan valtiosääntöiseen identiteettiin kuuluvien sääntöjen tai periaatteiden kanssa (”d’une règle ou d’un principe inhérent à l’identité constitutionnelle de la France, sauf à ce que le constituant y ait consenti”), ks. Chaltiel s. 366.

⁴⁷⁴ Ks. edellä esitys jaksossa 8.1 sekä Kumm. s. 281–307.

luoda dworkinilaisen eheyden vaatimukset täyttävää eurooppalaista metakonstitutionaalista teoriaa niin, että se harmonisesti ratkaisisi myös konstituutioiden väliset fundamentaaliset konfliktit. Unionin metakonstitutionaalisen paradoksi on samanlainen ratkeamaton oikeudellinen dilemma kuin oli kysymys Suomen perustuslaillisesta asemasta Venäjän valtakunnassa; myös tuossa asiassa oli mahdotonta löytää johdonmukainen teoria, joka olisi tehnyt oikeutta sekä Venäjän itsevaltaiselle konstituutiolle että ajatukselle Suomen valtiosäännöstä keisarin vallankäytölle aidot oikeudelliset rajat asettavana järjestyksenä.

Sen sijaan on mahdollista kehittää eurooppalaista konstitutionalismia yhteisenä eurooppalaisena valtiosääntöoikeustieteenä, jossa esimerkiksi perusoikeuksia, vallanjakoa tai demokraatiaperiaatetta käsitellään yhtenäisiä käsitteitä ja periaatteita heijastavina oikeudellisina instituutioina. Tällöin tosin kohdataan unionioikeuden järjestelmän näkökulmasta käsitteellisen divergenssin vaara ja kansallisen valtiosääntöoikeuden näkökulmasta pelko koherenssin heikkenemisestä. Nämä ongelmat eivät kuitenkaan ole valtiosääntöoikeudessa suurempia kuin muilla oikeudenaloilla. Valtiosääntöoikeudessa jää kuitenkin ratkaisematta metakonstitutionaalinen paradoksi niin kauan kuin unioni pysyy nykyisenkaltaisena *sui generis*-järjestyksenä. Lissabonin sopimukseen johtaneen prosessin valossa tämä voi käytännössä tarkoittaa pysyvästi.

8.6. Demokratia ja oikeusjärjestelmän eurooppalaistuminen

Unionioikeutta ja modernia oikeusteoriaa yhdistää sama perusdilemma: kyvyttömyys ottaa käsitteellisesti haltuun demokratia.

Unionioikeudessa demokratia ilmenee ongelmana, jonkinlaisena konstitutionaalisena huonona omanatuntona. Tämä on liitetty unionin institutionaalisessa järjestelemässä havaittuun demokraatiavajeeseen, äänten eripainoisuuteen Euroopan parlamentin vaalijärjestelmässä, demokration edellyttämien perusrakenteiden kuten puoluejärjestelmän ja kommunikaatioyhteyden puuttumiseen unionin tasolta sekä unionin konstitutionaalisen legitimitetin puuttumiseen suhteessa sellaisiin käsitteisiin kuin kansakunta tai kansansuvereniteetti. Yritin artikkelissa 5 suhteellistaa tätä keskustelua tuomalla esille eron oikeudellisten demokriatiastandardien ja poliittisen teorian demokriatiakäsitysten välillä sekä kyseenalaistamalla kansallisvaltioiden valtiofilosofiseen traditioon sisältyvien etnisen ja poliittisen kansakunnan käsitteiden mielekkään sovellettavuuden unionin demokraattisuudesta keskusteltaessa. Pidin myös ongelmallisenä ajatusta, jonka mukaan kansallisvaltioissa toteutetut demokraattiset rakenteet olisivat hyödyllisellä tavalla sellaisinaan siirrettävissä unioniin.

Perustuslakiprosessi toi paradoksisella tavalla esille unionin demokriatiasuhteen ongelmat. Perustuslakisopimusta valmisteltiin valmistelukunnassa, mitä kirjallisuudessa on usein pidetty perinteistä hallitustenvälistä konferenssia demokraattisempana ja legitiimimpänä. Valmistelukunta oli kokoonpanoltaan kansallisten parlamentaarikkojen ja europarlamentaarikkojen dominoima ja sen toiminnassa pyrittiin antamaan kansalaisyhteiskunnalle mahdollisuudet vai-

kuttaa keskusteluihin. Perustuslakisopimus pyrki huolellisesti ankkuroimaan unionin kansanvaltaisuuden periaatteisiin, sekä unionin että kansallisella tasolla. Kuitenkin perustuslakisopimus hylättiin kansanäänestyksessä kahdessa unionin perustajavaltiossa. Eurooppalaisten eliittien hyvää tarkoittava yritys nostaa yhdentymisen demokraattinen hyväksyttävyyys laadullisesti uudelle tasolle päättyi surkealla tavalla Lissabonin sopimukseen, jonka laatimista ohjasi pyrkimys välttää pakollisia kansanäänestyksiä sopimuksen ratifiointivaiheessa.

Artikkelin 6 lähtökohtana oli puolestaan ajatukseni demokratian ja modernin oikeusteorian kohtaamattomuudesta: oikeusteorialle demokratia ja sitä ilmentävä poliittinen järjestelmä on kuin musta laatikko, jonka olemassaolo oletetaan, mutta jonka sisälle ei kurkisteta. Väitin myös, että oikeusteorian suuntauksista oikeuspositivismi on kiinteässä suhteessa demokratiin; demokratia on mielekäs, jos lähtökohdaksi otetaan oikeuspositivismin näkemys oikeuden muutettavuudesta inhimillisen päätöksenteon kautta. Toisaalta perusteet omaksua oikeuspositivismi ovat ehkä pohjimmiltaan poliittisia, demokratiaan viittaavia. Tähän viittaa ainakin se, että 1900-luvun suuret oikeuspositivistit olivat myös leimallisesti demokraatteja.⁴⁷⁵ Artikkelissa 6 pyrkimykseni oli tarkastella perusoikeuksien ja demokratian välistä suhdetta esimerkiksi niin sanottujen supernormistojen demokratialle asettamista haasteista. Kuten edellä on kerrottu jaksossa 4.2, tausta-ajatukseni oli käyttää tätä justifioitavuudeltaan olettavasti kaikkein vahvinta esimerkkiä sen vuoksi, että oletin luonteeltaan instrumentaalisen unionioikeuden joka tapauksessa olevan intuitiivisesti vähemmän puolustettavissa demokratiaperiaatetta rajoittavana supernormistona kuin perus- ja ihmisoikeuksien.

Tässä tutkimuksessa käsitellyistä tutkijoista *Ute Bindreiter* päätyi pitämään unionioikeuden aidon itsenäisen pätevyyden esteenä sitä, että sille ei voida olettaa demokratiaperiaatteen itseensä sisällyttävää perusnormia.⁴⁷⁶ *Werner Schroeder* puolestaan katsoo, että yhteisön oikeutta ei voida legitimoida demokraattisesti, mutta hän ei pidä tätä ongelmana, koska yhteisön oikeus materiaalisena konstituutiona oikeuttaa itse itsensä oikeudellisesti.⁴⁷⁷ *René Barents* sen sijaan pitää demokratiaperiaatetta kansansuvereniteettiperiaatteen johdannaisena ja sellaisena hedelmättömänä yhteisön oikeuden autonomian kannalta; se johtaa joko kansallisvaltioiden pysymiseen unionin legitimitietin perustana⁴⁷⁸ tai ideologista toiveajattelua heijastavaan ajatukseen eurooppalaisen patriotismin, ”postnationaalisen” demokratian ja sitä kautta eurooppalaisen suvereniteetin kehitymisestä.⁴⁷⁹ Barentsille itselleen sisämarkkinoiden käsite on riittä-

⁴⁷⁵ Ehkä voidaan myös katsoa, että 1900-luvun suuret antipositivistit ovat joko ohjelmallisia antidemokraatteja kuten Carl Schmitt tai ainakin majoritaariseen demokratiakäsitykseen torjuvasti suhtautuvia kuten Ronald Dworkin. Dworkinin enemmistödemokratian kritiikistä ja sen vaihtoehdoksi esitetystä kumppanuusdemokratias-
ta (*partnership democracy*) ks. Dworkin *Democracy* s. 139–147.

⁴⁷⁶ Ks. edellä jakso 6.1.2

⁴⁷⁷ Ks. Schroeder s. 474–478, 480–483, 487–488.

⁴⁷⁸ Ks. Barents s. 91–97.

⁴⁷⁹ Ks. Barents s. 124–130. On ehkä paikallaan siteerata Barentsin (s. 130) tyyliä johtopäätöstä: ”However, apart from the consideration that these rather naïve views are empirically questionable and often demonstrate a frivolous use of highly complicated anthropological concepts, they also lack a normative value. Ultimately, such theories are also based on ideological premises or wishful thinking, as a result of which the outcome is determined beforehand. Moreover, although these theories are intended to escape from the rigid framework of the

vä legitimoimaan yhteisön oikeuden. Unionin perustuslakiprosessi – sekä sen alkusyyt että lopputulos – osoittavat mielestäni kuitenkin sen, että a) unionioikeuden demokraattiseen hyväksyttävyyteen liittyy aito ongelma ja b) että sisämarkkinoiden käsite tai unionioikeuden tarkastelu itse itsensä EY-tuomioistuimen oikeuskäytännön kautta legitimoivana järjestyksenä eivät riitä ratkaisemaan tätä ongelmaa.

Oikeusjärjestelmän tasolla oikeuden eurooppalaistumisen ja demokratian välisen suhteen ongelma voidaan ilmaista viittaamalla kahteen angloamerikkalaisessa poliittisessa teoriassa ja oikeusteoriassa esitettyyn käsitteeseen. Ensimmäinen näistä on norjalais-amerikkalaisen filosofin *Jon Elsterin* esittämä demokratian paradoksi, toinen kanadalaisen *W.J. Waluchowin* inklusiiviseen oikeuspositivismiin sisältyvä peruskirjayhteiskunnan (*charter society*) käsite.

Elster esitti alun perin vuonna 1979 vertauksen, jossa hän rinnasti perustuslain funktion Odysseukseen, joka sidotti itsensä mastoon välttyäkseen sortumasta seireenien laulun houkuttukseen. *Elsterin* ajatusten pohjalta on syntynyt keskustelu konstitutionalismista ja konstitutiosta rationaalisena ennalta sitoutumisena (*precommitment*). Ennalta sitoutumisen kääntöpuolena on demokratian paradoksi, jonka *Elster* muotoili seuraavasti: ”Each generation wants to be free to bind its successors, while not being bound by its predecessors”⁴⁸⁰. Ennalta sitoutumisen rationaalisuuden perusteluna on passioiden ja intressien ylittäminen, tulevaisuuden hyvinvoinnin systemaattisen aliarvostamisen (*hyperbolic discounting*) välttäminen, eriaikaisen epäjohtamukaisuuden (*strategic time-inconsistency*) välttäminen ja tehokkuuden turvaaminen. Ennalta sitoutumisen instrumentteja ovat tuolloin päätöksentekokustannusten lisääminen, vaihtoehtojen eliminointi, päätöksenteon viivästykset, määräenemmistövaatimukset sekä vallanjako.⁴⁸¹ *Elster* on kuitenkin vuonna 2000 julkaistussa teoksessaan tullut siihen tulokseen, että perustuslakien funktiona ei ole välttämättä ennalta sitoutuminen tai vallan itserajoitus, vaan se voi myös olla muiden – joko seuraavien sukupolvien tai perustuslain säätäjän kanssa kilpailevien instituutioiden – toimintavapauden rajoittaminen. *Odysseus* halusi itse kuulla seireenien laulun, mutta tukki miehistönsä korvat vahalla.⁴⁸²

W.J. Waluchowin oikeusteorian esittelemä käsite *charter society* viittaa siihen, että eksklusiivinen oikeuspositivismi, joka ei lainkaan näe tilaa oikeuden voimassaoloon ja sisältöön liittyville moraalisille kriteereille, on kohdannut haasteen sen vuoksi, että monissa yhteiskunnissa oikeusjärjestys on positivoinut perusoikeuksia sisältäviä dokumentteja. Tällaisten asiakirjojen – esimerkiksi Kanadan *Charter of Rights and Freedoms* tai Yhdysvaltojen *Bill of Rights*⁴⁸³ – soveltaminen ei *Waluchowin* mielestä ole oikeudellisesti mahdollista ilman, että argumentaatioissa joudutaan nojautumaan myös moraalisiin premisseihin. Tämän vuoksi peruskirjayhteis-

people, state and democracy ideology, implicitly they tend to confirm this doctrine since the final result is the emergence, on the basis of similar assumptions, of a European sovereignty.”

⁴⁸⁰ Siteerataan tässä *Holmesin* mukaan. Ks. *Holmes* s. 222.

⁴⁸¹ Ks. *Elster* s. 6, 24–34, 91.

⁴⁸² Ks. *Elster* s. ix, 92–94.

⁴⁸³ Eurooppalainen lukija lisää tähän Euroopan ihmisoikeussopimuksen, Euroopan unionin perusoikeuskirjan sekä kansallisten valtiosääntöjen perusoikeusnormistot.

kunnissa oikeuspositivismiin, jos sitä pidetään perusteltuna oikeusteoreettisena lähtökohtana, tulee olla inklusiivista eli mahdollistaa moraalinen päättely ja argumentaatio oikeuden sisällä.⁴⁸⁴

Elsterin ja Waluchowin ajatukset yhdistämällä on mahdollista päästä ongelmaan, jota pidän eurooppalaistuvan oikeusjärjestelmän ydinongelmana. Unionin jäsenvaltioiden konstituutiot rakentuvat demokratiaperiaatteelle. Sen kansalliset tulkinnat ovat hyvinkin erilaisia, samoin sitä rajoittavien, myös oikeusjärjestelmään sisältyvien oikeusperiaatteiden ja oikeuskäsitteiden merkitys. Viimeksi mainituista tärkeimpiä ovat tietysti perusoikeuksien suoja ja vallanjakoa koskevat doktriinit. Myös unionin konstituutio sisällyttää itseensä demokratiaperiaatteen; Lisabonin sopimuksen jälkeen selkeästi sekä EU-tason että kansallisen tason demokratian käsitteinä.

Demokratiaperiaatteen rationaliteetti on sidoksissa *oikeuspositivismin minimiperiaatteeseen*, jolla tarkoitan oikeusjärjestyksen muutettavuutta. Oikeusjärjestyksen sisältö ei ole eikä voi olla pelkästään demokraattisen lainsäätäjän tahdon tulosta, mutta oikeuspositivismin näkemys oikeusnormeista asetettuina normeina ei ole mielekäs, ellei oleteta mahdollisuutta muuttaa oikeusjärjestystä uusia normeja antamalla tai entisiä kumoamalla. Oikeusjärjestelmään kuuluvaa demokratiaperiaatetta rajoittavat vastaperiaatteina konstitutionalismiin sisältyvät muodolliset ja aineelliset rajoitukset, jotka ilmentävät edellä mainittua Elsterin paradoksia: yksi sukupolvi määrittää myöhempiä suhteellisesti tai absoluuttisesti sitovalla tavalla yhteiskunnan perustavanlaatuisia arvotuksia koskevat valinnat. Tätä seikkaa ei poista se sinänsä perusteltu *Stephen Holmesin* huomautus, että konstituutiot eivät ole pelkästään regulatiivisia, toimintamahdollisuuksia rajoittavia, vaan voittopuolisesti konstitutiivisia, siis toimintavaihtoehtoja luovia säännöstöjä.⁴⁸⁵

Mielestäni *Yves Mény* on oikeassa todetessaan, että ideaalinen demokratia ei voi olla puhtaasti populistista (*popular*) eikä puhtaasti konstitutionaalista, vaan niiden vaatimuksia kulloinkin tyydyttävästi tasapainottava yhdistelmä. Hän arvioi kuitenkin, että Euroopassa kasvava tyytymättömyys demokratiaan voi olla yhteydessä siihen, että demokratian konstitutionalistisen pilarin merkitys on jatkuvasti kasvanut populistiseen verrattuna. Kansalaiset kokevat, että heidän äänillään on yhä vähemmän merkitystä. Euroopassa – toisin kuin Yhdysvalloissa – keskustason vahvoja konstitutionaalisia *checks and balances*-rakenteita ei tasapainota (osa/jäsen)valtiotason populistisen demokratian lukuisten suorien ja edustuksellisten kanavien kautta välittyvä äänestäjäkunnan vahva ja spontaani vaikutusmahdollisuus.⁴⁸⁶

Unionin konstituutio ei ole Waluchowin tarkoittama moraalinen oikeuteen introdusoiva peruskirja, vaan taloutta, yhteiskuntaa ja oikeusjärjestystä koskeviin *policy*-luonteisiin tavoitteisiin sitoutunut päätöksentekojärjestelmä ja sen tehokkuutta turvaava ylikansallinen ja kansallinen

⁴⁸⁴ Ks. Waluchow s. 142–165.

⁴⁸⁵ Ks. Holmes s. 227–230.

⁴⁸⁶ Ks. Mény s. 3–9.

oikeussuojajärjestelmä. Tämän konstituution kehyksissä oikeuden muutettavuus on huomattavasti rajallisempaa kuin kansallisten valtiosääntöjen pohjalta toimittaessa, koska konkreettisten politiikkavaihtoehtojen on perustuttava perussopimuksiin ja oltava niiden mukaisia. Samaten on kansalaisten mahdollisuus vaikuttaa yksilöinä tai kollektiivisesti unionin päätöksentekoon rajallisempaa ja välittyneempää kuin kansallisen demokratian puitteissa toimittaessa. Unionin konstituutio on siten omiaan eliminoimaan soveltamisalallaan ilmeneviä erisuuntaisia intressejä, voimavarojen redistribuutiota ja sosiaalista oikeudenmukaisuutta koskevia ristiriitoja demokraattisten vaikutusmahdollisuuksien joukosta. Tätä ongelmaa ei mielestäni poista se eurooppaoikeuden tutkijoiden korostama seikka, että yksilöt ovat unionioikeuden luomien oikeuksien välittömiä subjekteja ja voivat saada unionioikeudellista oikeussuojaa. Kuten *J.H.H.Weiler* on todennut, demokraattisten vaikutusmahdollisuuksien puuttumista ei voida korvata kohtelemalla kansalaisia oikeuksien kuluttajina.⁴⁸⁷

Unionin konstituution perusongelma demokratiateorian näkökulmasta on siten se, että sen ohjelmalliset sääntelyt rajaavat normaalin politiikan – vastakohtana konstitutionaaliselle politiikalle – tilan paljon suppeammaksi kuin demokratioiden valtiolliset konstituutiot. Samalla unionin konstituution muuttamisen menettelyjen jäykkyys estää myös yritykset normaalin politiikan tilan avartamiseksi tai konstituutiolla lukkoon lyötyjen taloudellisten ja sosiaalisten valintojen muuttamiseksi. Nämä ongelmat ovat osa unionin nykyistä konstituutiota eikä perustuslakisopimus tai Lissabonin sopimus poista tai lievennä niitä.⁴⁸⁸

Oikeusjärjestelmän rakentaminen voi edetä kahta eri strategiaa noudattaen. Kutsun niitä seuraavassa synteettiseksi ja analyyttiseksi. Synteettiselle strategialle on tunnusomaista pyrkimys oikeuden käsitteellisen-systemaattisten ominaisuuksien viljelemiseen ja niihin nojautuvien vahvoja käsitteellisiä ja aksiologisia sitoumuksia sisältävien doktriinien luomiseen. Tällainen synteettinen strategia on tunnusomaista dworkinilais-alexylaiselle lainopille, mutta se on vahvana ideaalina mukana myös institutionaalisessa ja kriittisessä oikeuspositivismissa. Synteettisen strategian julkilausuttu motivaatio liittyy pyrkimykseen integroida moraalisia elementtejä legitiimisti osaksi oikeusjärjestelmää. Vastaavasti sille on tunnusomaista moraalisen erimielisyyden (*moral disagreement*) teoreettisen ja käytännöllisen merkityksen väheksyminen.⁴⁸⁹

⁴⁸⁷ Ks. unionin konsumeristisesta kansalaisuuskäsitteestä Weiler 1999/2005 s. 333–335. Ulrich Haltern katsoo toisaalta postmodernista viitekehyksestä käsin, että EU:n pitäisi hyväksyä oman konstitutionalisminsa ja kansalaisuutensa perustuminen yleistettyyn kuluttajan käsitteeseen. Hänen mielestään unionikansalaisuus ilmenee kaupassa, turismissa ja kulutuksessa; yritys korvata tämä valtiolliseen perinteeseen perustuvilla symbolilla ja konstitutionalismilla ei hänen mielestään tule onnistumaan. Ks. kokoavasti Haltern s. 39–44.

⁴⁸⁸ Ks. Carlos Closan selkeä valtiosääntöteoreettinen analyysi, Closa s. 153–164. Closan tarkastelun voi tiivistää seuraavaan sitaattiin (s.155): ”The EU constitutional provisions, both in the current and former Treaties, seem to offer two obstacles for normal politics: the definition of the issues on political agenda or, else, the identification of issues that are removed from it. Secondly, the rigidity of the constitutional provisions reduces the scope for the creative intervention of (democratic) legislators.”

⁴⁸⁹ Yksi esimerkki tästä Habermasin erottelu etiikan ja moraalin välillä, joka perustuu kestävämpään liberalistisen metamoraalisen konsensuksen olettamiseen.

Synteettisen strategian oikeusteoreettinen houkuttelevuus liittyy nähdäkseni sen aksiologiseen hyväksyttävyyteen Länsi-Euroopan ja Pohjois-Amerikan akateemisissa yhteisöissä vallalla olevien arvostusten kannalta sekä sen akateemisen oikeustieteen autonomiaa ja vaikuttavuutta korostavaan luonteeseen. Esimerkiksi *Ronald Dworkinin* teoreettiset ajatukset tuntuvat usein houkuttelevilta sen vuoksi, että pidämme hänen poliittisista johtopäätöksistään esimerkiksi kuolemanrangaistuksen käytön kieltämisen, abortin laillistamisen tai rotuerottelun lopettamisen suhteen.⁴⁹⁰

Eurooppalaistuvassa oikeusjärjestyksessä synteettinen strategia merkitsee mielestäni kuitenkin jonkinasteista sitoutumista unionioikeuden instrumentalististen ja funktionalististen arvostusten mukaisten periaatteiden ja käsitteiden hyväksymiseen, mikäli doktriini ei halua kadottaa relevanssiaan suhteessa oikeudellisiin käytäntöihin. Tuolloin oikeustiede päättyy pönkittämään rakenteita, joissa EY-tuomioistuimen käytäntö on pääasiallisena oikeuslähteenä, ja lopputuloksena on juridinen maailmankuva, jossa taloudelliset arvot ovat etuoikeutettuja suhteessa muihin intresseihin. Samalla tuomioistuinten ja akateemisen oikeustieteen tehtävissä korostuu poliittisen järjestelmän puitteissa syntyneiden arvovalintojen sensurointi, usein nojautuen perusteisiin, joiden lähteenä on pikemminkin oikeusjärjestelmään sedimentoitunut doktriini kuin kriittistä poliittista ja eettistä tarkastelua kestävä argumentaatio.

Analyyttinen strategia sitoutuu oikeusjärjestelmän konstruomisessa näkemykseen, jossa oikeusjärjestelmätason käsitteet ovat pikemminkin rakenteellisia kuin sisällöllisiä. Oikeuden sisältö ja siihen liittyvien arvovalintojen teko nähdään poliittisen järjestelmän asiaksi; oikeustieteessä kysymys on ensisijaisesti normatiivisten rakenteiden osoittamisesta ja toissijaisesti oikeuslähteistä ilmeneviä arvovalintoja täydentävästä ja kritisoiivasta argumentaatiosta. Eurooppalaistuneessa oikeusjärjestelmässä tämä tarkoittaa tilan antamista unionin sekundäärilainsäädännössä ja kansallisessa lainsäädännössä ilmenevälle fragmentaatiolle ja inkoherenssille. Tuolloin esimerkiksi unionin työoikeus tai ympäristöoikeus voivat arvostuksissaan irtaantua kilpailuoikeudesta tai sisämarkkinaperiaatteista.

Eurooppalainen demokratia on kaikkine puutteineen käynnissä oleva monimutkainen prosessi. Se ei tule koskaan olemaan täydellistä eivätkä sen muodot ja rakenteet tule vastaamaan traditionaalisen konstitutionalisin tai deliberatiivisen demokratiakäsityksen ihanteita. Tästä huolimatta unionin lainsäädäntötyö tapahtuu nykyisin monimutkaisessa päätöksentekoympäristössä, jossa eri politiikkavaihtoehdot ja ehdotukset ovat parlamentaarisen keskustelun kohteena sekä Euroopan parlamentissa että jäsenvaltioiden kansallisissa parlamenteissa. Samalla eri intressitahojen vaikutusmahdollisuudet ovat moninaisia; EU-tason kanavat mahdollistavat kansallisten umpiperien ohittamisen⁴⁹¹, toisaalta kansallisen demokratian muotoja on kehitetty

⁴⁹⁰ Tämä koskee ainakin allekirjoittanutta.

⁴⁹¹ Daniel Halberstam korostaa amerikkalaisen federalismin perinnettä heijastelleen poliittisten epätasapainotilojen (*political disequilibria*) eli kilpailevien poliittista auktoriteettia koskevien vaatimusten hyödyllisyyttä elävälle demokratialle. Tästä syystä politiikan eurooppalaistuminen ei ole pelkästään uhka vaan myös mahdollisuus demokratian kannalta. Unionin konstituutio avaa kaikessa epätäydellisyydessään monipuolisia muodollisia ja va-

tavalla, joka mahdollistaa vaikuttamisen myös unionin päätöksenteon valmisteluun. Oikeusjärjestelmä, jonka periaatteet ja käsitteet ovat normatiiviselta sisällöltään pikemminkin ohuita kuin paksuja, antaa enemmän tilaa tällaiselle alkioasteessa olevalle demokratialle, siis normaalille politiikalle. Samalla se luo edellytyksiä unionioikeudessa vaikuttavien, eri suuntiin johtavien arvostusten ja ideologisten valintojen näkyviksi tekemiselle ja nostamiselle kriittisen keskustelun kohteeksi.

paamuotoisia vaikutuskanavia, joiden kautta myös sellaiset yksilöt ja intressitahot, jotka kansallisella tasolla eivät saa ääntään kuuluviin, voivat EU-tason poliittisessa tai oikeudellisessa päätöksenteossa tulla kuulluiksi. Samalla tämä on voinut johtaa uudenlaisen ja edistyneemmän normatiivisen konsensuksen syntyyn jäsenvaltioissa. Halberstam viittaa esimerkiksi sukupuolten välisen tasa-arvon läpilyöntiin unionissa. Ks. Halberstam s. 784–785, 794–795.

9. Oikeuskulttuurin eurooppalaistumisesta

Luonnehdin jaksossa 5.5. oikeuskulttuuria *Kaarlo Tuorin* kriittisen oikeuspositivismin käsitteistöllä lakimiesprofession sisältyväksi hiljaiseksi *praktiseksi* tiedoksi, jonka tehtävänä on tarjota oikeudellisille toimijoille välttämätön esiymmärrys. Tässä merkityksessä oikeuskulttuuri kuuluu suppeaan ammattiyhteisöön erotuksena yleisestä oikeuskulttuurista. Oikeudellinen esiymmärrys ei kuitenkaan ole tietoisuuden tavoittamattomissa, vaan se voi muuttua *diskursiiviseksi*, keskustelun kohteena olevaksi tiedoksi.⁴⁹² Myös *Joxerramon Bengoetxea* vertaa oikeuskulttuuria hermeneuttiseen esitietoon (*Vorverständnis*), joka tekee hermeneuttisen kehän mahdolliseksi ja perustuu oikeudelliseen traditioon.⁴⁹³

Tässä tutkimuksessa sovelletussa oikeuden käsitteen nelikentässä oikeuskulttuuri sijoittuu oikeaan alakulmaan. Se tarkoittaa siten oikeuden toiminnallista ja abstraktia aspektia. Oikeuden nelikentässä oikeuskulttuuri eksplikoidaan kentän vasemmassa alakulmassa olevassa oikeusjärjestelmässä esimerkiksi tulkintaperiaatteina, oikeuslähdeoppeina tai lainvalmistelun metodeina, jotka puolestaan ohjaavat oikeusjärjestyksen konstruoimista. Eksplikointi tapahtuu konkreettisesti käytännöissä, jotka sijoittuvat nelikentän oikeaan yläkulmaan, siis juridiikassa. Jos oikeusjärjestelmää pidetään Harrisin tavoin oikeusyhteisössä vallitsevana oikeudellisenä traditiona, tuolloin oikeuskulttuuri on se osa traditiosta, jota tradition sisällä toimivat eivät ole tiedostaneet tai ainakaan tehneet tiedostettavaksi.⁴⁹⁴ Samalla oikeuskulttuuri oikeusteoreettisena käsitteenä muuttuu siinä merkityksessä konstruktiviseksi tai postuloiduksi asiaksi, että sen vaikutus reaali maailmassa sijoittuu nelikentän mainittuihin kahteen muuhun lokeroon.

Oikeuskulttuuri tässä tutkimuksessa tarkoitettussa oikeusteoreettisessa merkityksessä on erotettava antropologisesta ja sosiologisesta kulttuurikäsitteestä. Antropologisella oikeuskulttuurilla tarkoitan tietyssä oikeusyhteisössä noudatettavia oikeudellisia tyylejä ja ajattelutapoja, jotka usein ovat vertailevan oikeustieteen mielenkiinnon kohteena. Antropologisessa merkityksessä oikeuskulttuuriin kuuluvia asioita ovat vaikkapa argumentaation ja juridisen kirjoittamisen tyyli, oikeudelliset mentaliteetit (esimerkiksi kasuistinen tai systemaattinen, pragmaattinen tai muodollinen), oikeudellisia rooleja luonnehtivat ominaisuudet (puhetavat, ammatilliset koodit) ja niin edelleen. Oikeussosiologisella oikeuskulttuurin käsitteellä tarkoitan puolestaan väestön oikeusjärjestykseen liittyviä käyttäytymismalleja ja asenteita.⁴⁹⁵

Oikeusteoreettisen oikeuskulttuurin käsitteen funktiona on olla eräänlainen oikeudellisen kommunikaation ja tiedonmuodostuksen mahdollisuutta selittävä *deus ex machina*. Oikeuskulttuuri on kollektiivin tasolle yleistetty hermeneuttisen esitiedon tai esiymmärryksen käsite.

⁴⁹² Ks. Tuori 2007 s. 68–70, Tuori 2000 s. 180.

⁴⁹³ Ks. Bengoetxea 1993 s. 132.

⁴⁹⁴ Alan Watsonin mukaan ”Legal culture is tradition, and legal tradition is legal culture. But with an exception. Those living the culture, namely lawyers including judges and law professors, are usually unaware of the tradition.” Watson s.1.

⁴⁹⁵ H.Patrick Glenn toteaa kulttuurin käsitteen olevan antropologisessa ja sosiologisessa keskustelussa käytössä niin inkluusiivisena ja monimerkityksellisenä, että sitä voidaan käyttää kaikkialla ja kaikesta. Ks. Glenn s. 10–14.

Sen avulla voidaan erottaa juristi maallikosta, oikeustieteilijä yhteiskuntatieteilijästä. Samalla oikeuden eri ilmenemismuotoja maantieteellisesti tai historiallisesti yhdistävät tai erottavat seikat voidaan selittää oikeuskulttuuriin viitaten, mikäli niille ei kyetä löytämään selitysvoimaisempia syitä tai perusteita.

Abstraktina hermeneuttisen esiymmärryksen toiminnallisena puolena oikeuskulttuuri samautuu *Aulis Aarnion* kuvaamaan ei-propositionaaliseen elämänmuotoon, joka on oikeudellisten kielipelien ja propositionaalisten oikeudellisten maailmankuvien taustalla.⁴⁹⁶ Jos tämä yhteys hyväksytään, voidaan Aarnion oikeudelliset kielipelit yhdistää oikeuden nelikentän käsitteeseen juridiikka ja oikeudelliset maailmankuvat käsitteeseen oikeusjärjestelmä. Aarnion ajatuksenkulkuja seuraten päädyimme siten auditorioihin oikeudellisen argumentaation ja justifi-kaation konteksteina ja oletettuina vastaanottajina.

Auditoriot Aarnio jaottelee ideaalisiin/konkreettisiin ja universaaleihin/partikulaarisiin.⁴⁹⁷ Ideaalinen auditorio liittyy oikeustieteen lauseiden rationaaliseen hyväksyttävyyteen, ja voidaan tässä yhteydessä sivuuttaa maininnalla, koska mielenkiintomme kohteena ei ole eurooppalaistuvan oikeuden rationaalisuus vaan oikeuden eurooppalaistuminen itsessään. Universaal-iauditorio käsittää koko ihmiskunnan, ja on siten sekin käsitteenä sivussa tämän tutkimuksen intresseistä.

Auditorioteorian avulla voidaan kysymys oikeuskulttuurin eurooppalaistumisesta kääntää seuraaviksi kysymyksiksi:

1. onko EU:n jäsenvaltioiden oikeuksien taustalla yhteinen oikeuskulttuuri, edustavatko ne jossakin oikeuden kannalta relevantissa merkityksessä samaa elämänmuotoa?;
2. perustuuko ja missä merkityksessä unionioikeus yhteiseen oikeudelliseen auditorioon?;
3. mikä on kansallisten oikeudellisten auditorioiden suhde unionioikeudelliseen auditorioon?

Kysymyksen 1 kohdalla olen taipuvainen katsomaan, että länsieurooppalaiset oikeudet ja niistä juontuvat oikeudet edustavat oikeusteoreettisesti samanlaista oikeuskulttuuria. Sama peruskonsepti oikeudellisesta ajattelusta yhdistää niitä. *Harrisin* esittämä juridiikan perusoletus tavoittaa ehkä jotakin olennaista tästä yhteisestä peruskonseptista, nimittäin ajatuksen oikeusjärjestyksestä sellaisena johdonmukaisena normatiivisen merkityksen kenttänä, johon päädytään käsittelemällä oikeuslähteitä tiettyjen periaatteiden mukaisesti ja joka kuvaa viranomais-ten, erityisesti tuomioistuimen päätöksenteossaan noudattamia laillisuuden ja konstitutiona-lismin periaatteita. Tämä puolestaan perustuu yhteiselle näkemykselle oikeuslaitoksesta sosi-aalisiin konflikteihin liittyvien riitojen ratkaisun normatiivisena ja institutionaalisenä kehyk-senä. Länsimaisen oikeuskulttuurin oikeusteoreettinen yhteisyys mahdollistaa oikeudellisen

⁴⁹⁶ Ks. Aarnio s. 215–220.

⁴⁹⁷ Ks. Aarnio s. 222–226.

kommunikaation ja ymmärtämisen eri länsimaisten oikeusyhteisöjen välillä huolimatta niiden oikeusjärjestelmiä erottavista käsitteellisistä ja systemaattisista rakenteista. Tässä yhteydessä on myös syytä viitata *Klaus Güntherin* ajatuksiin universaalista oikeuskoodista yleismaailmallisen oikeudellisen kommunikaation mahdollistavana normatiivisena ja käsitteellisenä kehyksenä.⁴⁹⁸

Jos edellä esitetty väite länsimaisten oikeuksien oikeuskulttuurisesta yhtenäisyydestä pitää paikkansa, sama koskee tietysti *a fortiori* Euroopan unionin jäsenvaltioita. Itse asiassa koko yhdentymisessä käytetty malli, joka perustuu oikeudellisten välineiden käytölle, olisi mieleltön, jos sen kohteena olevat valtiot eivät rakentuisi riittävän samankaltaisille oikeuden normatiivisuutta, muutettavuutta, oikeuslähteitä, oikeuslaitoksen roolia sekä laillisuutta ja perustuslaillisuutta koskeville esitietoisille oletuksille.⁴⁹⁹ Vastaavasti unionioikeuden kaltainen järjestelmä olisi tietysti mahdoton valtiossa, jossa oikeuden perustana olisi uskonnollisesti legitimoitujen auktoriteettien tulkitsema traditio tai totalitaarisen poliittisen järjestelmän ideologisesti legitimoidun valtarakenteen kehyksissä tehtävät *ad hoc* -päätökset. Artikkeleissa 1a–3 kuvattu Suomen oikeuden suhteellisen vaivaton eurooppalaistuminen puoltaa mielestäni hypoteesia länsimaisen oikeuskulttuurin oikeusteoreettisesta samuudesta.

Tarkasteltaessa kysymystä 2 on lähtökohdaksi otettava se tosiseikka, että unionioikeus toimii kahdessa eri kontekstissa; eurooppalaisessa ja kansallisessa. Eurooppalaisen kontekstin muodostavat EY-tuomioistuimessa, toimielinten oikeuspalveluissa ja muualla unionin omassa hallinnossa toimivat lakimiehet, unionioikeuden antamiseen osallistuvat kansalliset juristit, eurooppaoikeudellista praktiikkaa harjoittavat asianajajat ja yritysjuristit sekä periaatteessa kolmella suurella EU-kielellä julkaisevat unionioikeuden tutkijat.

Tämä joukko muodostaa Aarnion käsitteistön mukaisen konkreettisen partikulaariauditorion. Se jakaa suhteellisen yhtenäisen käsitteellisen ja normatiivisen maailmankuvan juristeina, mikä ei välttämättä tarkoita ideologista eurooppapoliittista konsensusta. Oikeudellinen argumentaatio ja justifikaatio rakentuu tässä auditoriossa yksinomaan unionioikeudellisille lähtökohdille. EY-tuomioistuin toimii tämän auditorion keskeisenä määrittäjänä, koska unionioikeudellisen juridiikan mittapuuna on sen hyväksyttävyyys EY-tuomioistuimen näkökulmasta, siis joko sen vanhan oikeuskäytännön ilmaiseman järjestyksen kehittämisenä tai uuden oike-

⁴⁹⁸ Ks. Tuori 2007 s. 308–310 universaalikoodin sisällöstä, suhteesta oikeuden syvärakenteeseen ja merkityksestä oikeuden irtautumiselle kansallisvaltiosta.

⁴⁹⁹ Bengoetxean mielestä jonkinlainen elementaarinen oikeudellinen traditio sisältyy mihin tahansa oikeuskulttuuriin, vaikka sitä ei yleensä tuoda esille oikeudellisissa teksteissä tai oikeuskäytännössä. Tähän kuuluvia asioita ovat tulkintaa ja loogista päättelyä koskevat säännöt ja oletus lainsäätäjän rationaalisuudesta. Hänen mukaansa on vaikea tietää, missä määrin EU:lla on oikeuskulttuuri. Oikeuden soveltamisessa tapahtuu kuitenkin jonkinlainen horisonttien yhteensulautuminen kansallisten käytäntöjen ja unionista tulevien uusien vaikutteiden välillä. Ks. Bengoetxea 1993 s. 132–133. EU-jäsenyyden ehdot osoittaviin Kööpenhaminan kriteereihin kuuluvat oikeusvaltiolliset periaatteet ilmentävät poliittisemmalla tasolla sitä, että unionissa toimiminen edellyttää yhteiseen oikeuskulttuuriin sosiaalistumista.

uskäytännön pohjana. Hyväksyttävä unionioikeudellinen perustelu on sellainen, joka kelpaisi argumentiksi EY-tuomioistuimelle.⁵⁰⁰

Oikeustieteen asema tässä auditoriossa on siinä merkityksessä mielenkiintoinen, että kieli ja traditio näyttävät voimakkaasti jakavan eurooppaoikeudellista tutkimusta. Tämä näkyy esimerkiksi siinä, miten vähäisessä määrin suurissa jäsenvaltioissa julkaistavissa eurooppaoikeudellisissa teoksissa viitataan muilla EU-kielillä kuin omalla julkaistuu materiaaliin. Samanlainen sulkeutuneisuus koskee myös erikielisiä johtavia unionioikeutta käsitteleviä aikakauskirjoja, joskin suurten akateemisten kustantamojen julkaisemat englanninkieliset yleistä eurooppaoikeutta tai jotain unionioikeuden alaa kommentoivat aikakauskirjat ovat ehkä saamassa yhteisen referenssipinnan aseman saksankielisten ja ranskankielisten julkaisujen jäädessä ao. kieliyhteisöjen sisäisiksi. Pienten kielialueiden eurooppaoikeudellinen tutkimus joutuu tietysti hyödyntämään pääasiassa suurilla EU-kielillä julkaistavaa aineistoa.

Jäsenvaltioiden oikeustieteiden luomien oikeusjärjestelmien suhde unionioikeudelliseen auditorioon on samaten mielenkiintoinen. Unionioikeutta oikeuskulttuurina määrittävään normatiiviseen ytimeen liittyy myös tietynlainen teoreettinen ydin, siis EY-tuomioistuimen kehittämät yleiset oikeusperiaatteet ja tulkintamenetelmät akateemisiksi doktriineiksi jalostettuina.⁵⁰¹ Tämän teoriaytimen ulkopuolella kansalliset oikeusjärjestelmät pyrkivät tunkeutumaan osaksi unionioikeuden järjestelmää, koska eri erityisaloilla unionioikeus alkaa enemmän tai vähemmän tyhjästä samalla kun jäsenvaltioissa samoilla aloilla on pitkät, ehkä vuosisatojen mittaiset lainopilliset traditiot. Tämä voi tapahtua esimerkiksi niin, että unionin perustuslaillistumisen ja eurooppalaisen ympäristöoikeuden tarkastelun lähtökohtana pidetään jotakin vahvasti kansallisesti artikuloitunutta teoriaperinnettä.⁵⁰² Suurimmat vaikutusmahdollisuudet ovat tutkijoilla, jotka julkaisevat jollain kolmesta suuresta EU-kielestä.⁵⁰³ Edellä jaksossa 8.3. on käsitelty käsitteellistä divergenssiä, joka on unionioikeuden oikeusjärjestelmän ja kansallisen oikeusjärjestelmän suhteen käsitteellisen yhdenmukaisuuden ongelma unionioikeuden näkökulmasta tarkasteltuna.

⁵⁰⁰ Alterin mukaan (s. 58) eurooppaoikeuden tutkijat ja aikakauskirjat ovat toimineet lobbyna EY-tuomioistuimelle. Hänen mukaan johtavien eurooppaoikeudellisten aikakauskirjojen tilauksista n. 25 prosenttia on toimielinten palveluksessa olevien kirjoittamia. Toisaalta esimerkiksi Saksassa eurooppaoikeudellisen tutkimuksen kasvu on lisännyt sen sisäistä mielipiteiden kirjoa.

⁵⁰¹ Tärkeä esimerkki tällaisesta doktriinista luoneesta akateemisesta systeemin rakentamisesta on J.A.Winterin vuonna 1972 esittelemä distinktio suoran sovellettavuuden (direct applicability) ja välittömän vaikutuksen (direct effect) välillä.

⁵⁰² Joskus tämä voi johtaa siihen, että tutkimuksen kriitikko toteaa, ettei sen argumentaatiossa käytettyjä käsitteitä voida kääntää muille kielille. Esimerkiksi Anne Peters kirjoittaa arvostellessaan Margit Büchlerin perusoikeuksien rajoittamisperusteita EU:n perusoikeuskirjassa käsittelevää tutkimusta, että teos ei ole siinä käytettävän saksalaisen valtiosääntötutkimuksen erityiskäsitteistön takia käännettävissä englanniksi tai ranskaksi eikä luultavasti edes espanjaksi, vaikka saksalainen valtiosääntödoktriini on vaikuttanut voimakkaasti Espanjassa. Peters viittaa esimerkkeinä sellaisiin tutkimuksissa käytettyihin käsitteisiin kuin "Schraken-Schraken" ja "Wesensgehalt". Ks. Peters s.1201.

⁵⁰³ Tässäkin suhteessa lienee unionissa tapahtumassa siirtymä englannin kielen ylivaltaan. Englanniksi julkaisevat pienten jäsenvaltioiden tutkijat voivat vaikuttaa koko unionioikeudelliseen auditorioon, saksaksi tai ranskaksi julkaisevat pienten jäsenvaltioiden tutkijat sulautuvat osaksi Saksan tai vastaavasti Ranskan sisäistä unionioikeudellista keskustelua.

Kolmas kysymys, siis kansallisten auditorioiden suhde unionioikeudelliseen auditorioon, koskee nimenomaan kansallisen oikeuskulttuurin eurooppalaistumista. Yksinkertaistettuna asian voi ilmaista niin, että jäsenmaiden kansalliset auditoriot ovat osittain sisäistäneet unionioikeudellista auditoriota rajaavan oikeudellisen maailmankuvan. Osittaisuus liittyy tässä yhteydessä ensinnäkin siihen BU/DC-projektissa tehtyyn havaintoon, että käytännössä unionioikeus näyttäytyy kansallisella tasolla vain omakielisenä versiona. Toiseksi osittaisuus liittyy siihen, että unionioikeus kommunikoi laajasti kansallisten oikeusjärjestysten suuntaan, mutta jälkimmäiset ainoastaan rajoitetusti unionioikeuden suuntaan. Tämän vuoksi on syytä olettaa, että oikeusjärjestelmien tasolla jäsenvaltioiden oikeuksien eurooppalaistuneet osat poikkeavat toisistaan samansuuntaisesti, mutta vähemmän kuin niiden oikeusjärjestelmien puhtaasti kotoperäiset osat.

Vaikka eri jäsenvaltioiden oikeusjärjestykset konstruoisivat tiettyä asiantilaa koskevan eurooppalaistuneen oikeusjärjestyksen, siis sovellettavat oikeusnormit, suhteellisen yhdenmukaisena, on variaatio siinä, miten tällainen normatiivinen tila kuvataan ja perustellaan oikeusjärjestelmän tasolla, oletettavasti paljon suurempi. Tähän viittaa BU/DC-projektissa havaittu variaatio sen suhteen, miten oikeuden ja harkintavallan kaltaiset perustavat oikeuskäsitteet ymmärretään eri jäsenvaltioiden oikeuksissa.

Yhteenvetona näistä tarkasteluista voidaan todeta, että länsimaisen oikeuskulttuurin perusyhteisyys selittää sen, miksi oikeusjärjestyksen eurooppalaistuminen ylipäänsä on mahdollista. Toisaalta unionioikeudellisen auditorion erillisyyssuhteessa kansallisiin auditorioihin sekä viimeksi mainittujen konstitutioituminen kansallisiin oikeusjärjestelmiin sisältyvien maailmankuvallisten elementtien kautta selittää sen muutosvastarinnan, joka ilmenee kansallisten oikeusjärjestelmien pyrkimyksessä rajoittaa omaa koherenssiaan vaarantavaa eurooppalaistumista.